

**Der „Beurteilungsspielraum“ der Einstellungsbehörde
bei der Einstellung
von „Radikalen“ in den öffentlichen Dienst**

Inaugural-Dissertation
vorgelegt von
Hans-Jürgen Schimke
aus Zwickau

Münster 1980



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DER "BEURTEILUNGSSPIELRAUM" DER EINSTELLUNGSBEHÖRDE BEI
DER EINSTELLUNG VON "RADIKALEN" IN DEN ÖFFENTLICHEN DIENST

Zugleich ein Beitrag zur Lehre von "Beurteilungsspielraum"
und "Ermessen"

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Hans-Jürgen Schinke
aus
Zwickau
1980



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. E. Küchenhoff

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. W. Berg

Dekan: Prof. Dr. Bernert

Tag der mündlichen Prüfung: 4.7.1980

I n h a l t s v e r z e i c h n i s

	Seite
Vorbemerkung	1
1. Teil: Das Problem des "Beurteilungsspielraums" bei der Einstellung von "Radikalen" in den öffentlichen Dienst in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte	4
A. Eingrenzung der Problematik	4
I. Die Zulässigkeit der Klage	4
II. Die Begründetheit der Klage	5
B. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte vor dem "Radikalen-Beschluß" des BVerfG	7
C. Der "Radikalen-Beschluß" des BVerfG vom 22.5.75	12
D. Die Rezeption des "Radikalen-Beschlusses" in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte	19
E. Einige Konsequenzen für die vorliegende Problematik	31
2. Teil: Die Problematik des "Beurteilungsspielraums" im Verwaltungsrecht	33
A. Die Lehre vom "Beurteilungsspielraum"	36
I. Die verschiedenen Ansätze zur Begründung dieser Lehre	37
1. Die Begründung durch Bachof	38
2. Die Begründung durch Ule	43
3. Die Begründung durch Jesch	49
4. Die Begründung durch Kellner	51
5. Die Begründung durch Wolff	55
II. Zusammenfassende Auswertung der dargestellten Meinungen	57
1. Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Lehre vom "Beurteilungsspielraum"	58

	Seite
2. Die verfahrensrechtlichen Gründe für die Einräumung eines "Beurteilungsspielraums"	60
B. Die Kritik an der Lehre vom "Beurteilungsspielraum"	61
I. Die Kritik an den materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Lehre vom "Beurteilungsspielraum"	62
1. Die Rechtsanwendung als formallogisches Erkenntnisverfahren	63
a) Rechtsanwendung als dreistufiges Verfahren	64
b) Die mangelnde Aussagekraft dieses Schemas	65
aa) Die Erfassung des Sachverhalts	65
bb) Die Bildung des Obersatzes	66
cc) "Subsumtion" als Verknüpfung erarbeiteter Prämissen	68
c) Der "Beurteilungsspielraum" als Auslegungsvorbehalt	69
2. Unbestimmter Rechtsbegriff, Wertung und "richtige" Entscheidung	70
a) Die Einteilung der Begriffe	72
b) Die Wertorientierung des Rechtsanwenders	76
aa) Die unterschiedlichen Wertungsvorgaben des Gesetzes	77
bb) Die Relevanz der gesetzlichen Wertungen für die Rechtsanwendung	78
c) Die "richtige" Entscheidung	82
3. Der Gegensatz von Tatbestand und Rechtsfolge	86
a) Der rechtstheoretische Aspekt	86
b) Der pragmatische Aspekt	88
4. Die Ermächtigungsproblematik	90
a) Die Ermächtigung als Ergebnis einer Gesetzesinterpretation	90

	Seite
aa) Die Ermächtigung zur Letzterkenntnis	90
bb) Die fehlende Abgrenzungsmöglichkeit	91
b) Die "Faktorenlehre"	92
5. Zusammenfassung	93
II. Die Kritik an den verfahrensrechtlichen Gründen für die Einräumung eines "Beurteilungsspielraums"	94
1. Der Sachverstand der Verwaltungsbehörde	95
a) Sachverstand und Verfahrensrecht	96
aa) Mitwirkungspflicht der Behörde und Sachferne des Richters	96
bb) Die problematische Entscheidung	98
cc) Die Funktion des Verwaltungsstreitverfahrens	99
b) Sachverstand und Verfassungsrecht	100
2. Die Nicht-Mittelbarkeit der Begründung	101
a) Die verfahrensrechtlichen Konsequenzen nicht-mittelbarer Begründungselemente	101
b) Die normativen Anforderungen an die Begründung von Behördenentscheidungen	104
3. Zusammenfassung	105
C. Die Aufgabe des "Beurteilungsspielraums" in der neueren Verwaltungsrechtsliteratur	105
I. Die Vereinheitlichung der Problematik von "Beurteilungsspielraum" und "Ermessen"	106
II. Die Kritik an diesen Vorstellungen	109
1. Die Gewaltenteilung	109
2. Die Sachferne des Gesetzgebers	110
3. Der freie Gestaltungsraum der Verwaltung	114
III. Versuch einer Neubestimmung des Ermessensbegriffs	116

	Seite
3. Teil: Die Konsequenzen für den Rechtsschutz bei der Einstellung von "Radikalen" in den öffentlichen Dienst	120
I. Die Strukturmerkmale der Entscheidung der Einstellungsbehörde über die Gewähr des Bewerbers für Verfassungstreue	121
1. Die unterschiedlichen Auffassungen des BVerfG und des BVerwG	121
2. Die Auslegung des Begriffs "Gewähr" in den Beamtenetzen	123
a) Die grammatische Auslegung	124
b) Die teleologische Auslegung	125
II. Die prozessualen Konsequenzen	127
1. Die Beweislastverteilung nach Auffassung des BVerwG	128
2. Die Kritik an dieser Beweislastverteilung	129
a) Die Beweislast des Bewerbers	130
b) Die Beweislast der Behörde	132
III. Die Änderung der Gewähr-biete-Formel	134
Zusammenfassung und Schluß	135

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Arch	Archiv für öffentliches Recht
AO	Abgabenordnung
ArchSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BGBI	Bundesgesetzblatt
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
DJZ	Deutscher Juristentag
DRZ	Deutsche Richter Zeitung
DR	Demokratie und Recht
GMS	Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes
ÖstZöR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
RGBl	Reichsgesetzblatt
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
ZEP	Zeitschrift für Beamtenrecht

Im übrigen richten sich die Abkürzungen nach Kirchner, H.,
Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Aufl., Berlin 1968.

Literaturverzeichnis

- Abraham, H.-J./
Wernicke, K. Kommentar zum Bonner Grundgesetz
 (Bonner Kommentar), 16. Lieferung,
 Hamburg 1966
- Achterberg, N. Die Evidenz als Rechtsbegriff,
 DÖV 63, 331
- Adomeit, K. Rechtswissenschaft und Wahrheits-
 begriff,
 JuS 72, 628
- Adorno, Th. u.a. Der Positivismusstreit in der deut-
 schen Soziologie, 4. Aufl., Darm-
 stadt und Neuwied 1975
- Alexy, R. Theorie der juristischen Argumen-
 tation, Frankfurt 1978
- Bachof, O. Beurteilungsspielraum, Ermessen und
 unbestimmter Rechtsbegriff im Ver-
 waltungsrecht,
 JZ 55, 97
- Derselbe Ermessen und Sprachgebrauch,
 JZ 56, 590
- Derselbe Neue Tendenzen in der Rechtsprechung
 zum Ermessen und zum Beurteilungs-
 spielraum,
 JZ 72, 641
- Derselbe Anmerkungen zu BVerwG, Urteil v.
 11.10.56,
 DVBl 57, 788
- Derselbe Anmerkungen zu BVerwG, Urteil v.
 16.12.71,
 JZ 72, 208
- Derselbe Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht,
 Verfahrensrecht in der Rechtspre-
 chung des BVerwG, Bd. II, 3. Aufl.,
 Tübingen 1966
- Bähr, O. Der Rechtsstaat, Neudruck der Aus-
 gabe 1864, Aalen 1961
- Battis, U. Zum Ausschluß "verfassungsfeind-
 licher" Bewerber vom öffentlichen
 Dienst,
 JZ 72, 384

- Berg, W. Die Gewissensfrage - Entwicklungen der Judikatur zu den Beweisschwierigkeiten in Anerkennungsverfahren nach Art. 4 Abs. 3 GG, §§ 25f. WPflG, MDR 74, 393
- Bernatzik, E. Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Neudruck der Ausgabe Wien 1886, Aalen 1964
- Bettermann, K.-A. Die Verpflichtungsklage nach der Bundesverwaltungsgerichtsordnung, NJW 60, 649
- Derselbe Die Beweislast im Verwaltungsprozeß, Verhandlungen des 46. DJT, 1967, S. E 26ff
- Böckenförde, E.-W. Der Staat als sittlicher Staat, Vortrag aus Anlaß der Verleihung des Reuchlin-Preises der Stadt Pforzheim vom 22.4.78
- Breuer, R. Die Entwicklung des Atomrechts 1974-1976, NJW 77, 1121
- Derselbe Wirksamerer Umweltschutz durch Reform des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozeßrechts?, NJW 78, 1558
- Bullinger, M. Ermessen und Beurteilungsspielraum - Versuche einer Therapie, NJW 74, 769
- Derselbe Unbestimmte Gesetzesbegriffe in der neueren deutschen und französischen Verwaltungsrechtsprechung, in: Festschrift für H. Jahrreiß, 1974, S. 19ff
- Clauss, H./Clauss, K. Zum Begriff "eindeutig", JZ 61, 660
- Czermak, F. Was ist Verwaltungsermessen?, DÖV 66, 750
- Derselbe Zur Lehre vom gerichtsfreien Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, JuS 68, 399

- Ehmke, H. "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, Recht und Staat, Heft 230/231, 1960
- Engisch, K. Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl., Stuttgart 1971
- Derselbe Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., Heidelberg 1963
- Erichsen, H.-U. Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum, VerwArch 63 (1972), 337
- Derselbe/Martens, W. Allgemeines Verwaltungsrecht, 1. Aufl., Berlin-New York 1975
- Esser, J. Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs, JZ 75, 555
- Derselbe Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl., Frankfurt 1972
- Derselbe Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1974
- Eyermann, E./Fröhler, L. Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Aufl., München 1977
- Fellner, M. Der "unbestimmte Rechtsbegriff" aus der Sicht der Verwaltung, DVBl 66, 161
- Forsthoff, E. Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 10. Aufl., München 1973
- Gadamer, H.-G. Wahrheit und Methode, 2. Aufl., Tübingen 1965
- Geiger, W. Rechtsprobleme bei der Einstellung in den öffentlichen Dienst, Vortrag auf dem Symposium der Friedrich-Ebert-Stiftung im Bundesverfassungsgericht am 16./17.11.1978
- Geitmann, R. Bundesverfassungsgericht und "offene Normen", Berlin 1971
- Grüber, H.-B. Zur Anwendbarkeit der Soziologie in der Jurisprudenz - Vorschlag zur Lösung der Auslegungsproblematik bei unbestimmten Rechtsbegriffen -, JZ 74, 665

- Habermas, J. Wahrheitstheorien, in: Wirklichkeit und Reflexion, Tübingen 1974
- Heller, Th. Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, Berlin 1961
- Hirsch, M. Interview zur Problematik des "Radikalenbeschlusses" v. 22.5.75, in: "Der Spiegel" Nr. 32/1975, S. 30
- Hoffmann-Riem, W. Rechtsanwendung und Selektion, JZ 72, 297
- Hoppe, W. Zur Struktur von Normen des Planungsrechts, DVBl 74, 641
- Hruschka, J. Rechtsanwendung als methodologisches Problem, ARSP 50 (1964), 485
- Jaeger, H. Zum Beurteilungsspielraum, DÖV 66, 779
- Jarosch, R. Die Prüfung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltungsgerichte, DVBl 54, 529
- Jellinek, W. Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, Tübingen 1913
- Jesch, D. Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen, AöR 82 (1957), 163
- Derselbe Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl., Tübingen 1968
- Isensee, J. Der Beamte zwischen Parteifreiheit und Verfassungstreue, JuS 73, 265
- Kaufmann, A. (Hrsg.) Die ontologische Begründung des Rechts, Darmstadt 1965
- Derselbe Freirechtsbewegung - lebendig oder tot?, JuS 65, 1
- Derselbe Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges, Frankfurt 1972
- Derselbe/Hassemer W. (Hrsg.) Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg-Karlsruhe 1977

- Keller, R. Wie bietet man Gewähr dafür, daß man jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung eintritt?, Linguistik und Didaktik, 1977, S. 29
- Kellner, H. Der sog. Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgerichtlichen Prozeßpraxis, NJW 66, 857
- Derselbe Zum Beurteilungsspielraum, DÖV 62, 572
- Derselbe Einiges zum behördlichen Ermessen, DÖV 69, 309
- Derselbe Neue Erkenntnisse zum sog. Beurteilungsspielraum, DÖV 72, 801
- Kelsen, H. Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925
- Kemper, G.-H. Rechtsprechungsübersicht, DÖV 75, 672
- Kisker, G. Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes, NJW 77, 1313
- Kitschelt, H. "Rechtsstaatlichkeit" - Zur Theorie des Wandels rechtlicher Programmierungsformen im Staat der bürgerlichen Gesellschaft, DuR 77, 287
- Klein, R. Ermessen und Sprachgebrauch, JZ 56, 588
- Klenner, H. Die Macht der Ohnmacht - Zur systemstrukturellen Rechtstheorie, DuR 76, 14
- Kloepfer, M. Anmerkung zum Beschluß des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes v. 19.10.71, NJW 72, 1411
- König, K. Erkenntnisinteressen der Verwaltungswissenschaft, Berlin 1970
- Kopp, F. Die Grenzen der richterlichen Nachprüfung wertender Entscheidungen der Verwaltung, DÖV 66, 317
- Derselbe Kommentar zur VwGO, 2. Aufl., München 1976

- Korbmacher, G. Ermessen - unbestimmter Rechtsbegriff - Beurteilungsspielraum, DÖV 65, 696
- Krawietz, W. Was leistet Rechtsdogmatik in der richterlichen Entscheidungspraxis?, ÖstZÖR 23, 47
- Kriele, M. Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, Berlin 1967
- Küchenhoff, E. Ausdrückliches, stillschweigendes und ungeschriebenes Recht in der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, AÖR 82, 413
- Derselbe/Schimke, H.-J. Ein Verstoß gegen Neutralität und Toleranz, Frankfurter Rundschau v. 30.9.78, S. 14/15
- Lademann, K. Zur Extremisten-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22.5.75, DRiZ 75, 357
- Lange, K. "Radikale" im öffentlichen Dienst, NJW 76, 1809
- Larenz, K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1975
- Lohmann, H.H. Die Zweckmäßigkeit der Ermessensausübung als verwaltungsrechtliches Rechtsprinzip, Berlin 1972
- Lüke, G. Über die Beweislast im Zivil- und Verwaltungsprozeß, JZ 66, 587
- Luhmann, N. Legitimation durch Verfahren, Neuwied-Berlin 1969
- v. Mangoldt, H./Klein, F. Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Berlin-Frankfurt 1957
- Maunz, Th./Dürig, G./Herzog, R./Scholz, R. Grundgesetz, 16. Lieferung, München 1978
- Maurer, H. Die Mitgliedschaft von Beamten in verfassungsfeindlichen Parteien und Organisationen, NJW 72, 601

- Papier, H.-J. Rechtliche Bindung und gerichtliche Kontrolle im Bereich des Bodenrechts, NJW 77, 1714
- Plümer, E. Die Mitgliedschaft von Beamten und Beamtenanwärtern in verfassungsfeindlichen Parteien, NJW 73, 4
- Quambusch, E. Auf dem Weg zum mäßig kontrollierten Beamtenhandeln - Irrtümer bei der Verabschiedung des unbestimmten Rechtsbegriffs, ZBR 76, 274
- Radbruch, G. Rechtsphilosophie, 8. Aufl., hrsg. v. E. Wolf und H.-P. Schneider, Stuttgart 1973
- Redeker, K. Fragen der Kontrollldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, DÖV 71, 757
- Derselbe Anmerkung zu BVerwG, Urteil v. 21.1.72, DVBl 72, 896
- Derselbe/v. Oertzen Verwaltungsgerichtsordnung, 6. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1978
- Roellecke, G. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Grenzbereich zur Gesetzgebung, NJW 78, 1776
- Derselbe Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34 (1976), 7
- Rupp, H.-H. Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965
- Derselbe Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit, NJW 69, 1273
- Säcker, F.-J. Die Konkretisierung vager Rechtssätze durch Rechtswissenschaft und Praxis, ARSP 58 (1972), 215
- Semler, J. Gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, NJW 73, 1774
- Soell, H. Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, Heidelberg 1973

- Sommer, B. Anmerkung zu VGH Kassel, Urteil v.
13.1.70,
NJW 70, 1061
- Scheuner, U. Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung,
DÖV 69, 585
- Schick, W. Radikalenproblem und kein Ende,
ZBR 75, 1
- Derselbe Der "Radikalen-Beschluß" des BVerfG,
NJW 75, 2169
- Schmidt, J. Noch einmal: Wahrheitsbegriff und
Rechtswissenschaft,
JuS 73, 204
- Schmidt, W. Gesetzesvollziehung durch Rechts-
setzung, Bad Homburg-Berlin-Zürich
1969
- Derselbe Abschied vom unbestimmten Rechtsbe-
griff,
NJW 75, 1753
- Schmidt-Aßmann, E. Verwaltungsverantwortung und Ge-
richtsbarkeit,
VVDStRL 34 (1976), 223
- Schmidt-Salzer, J. Der Beurteilungsspielraum der Ver-
waltungsbehörden, Schriften zum
öffentlichen Recht, Berlin 1968
- Derselbe Anmerkung zu BVerwGE 39, 203,
DVBl 72, 388
- Schneider, E. Der mögliche Einfluß von Soziologie
und Psychologie auf den Entschei-
dungsvorgang des Richters,
DRiZ 75, 265
- Schneider, H.-P. Die Gesetzmäßigkeit der Rechtspre-
chung,
DÖV 75, 443
- Scholz, R. Verwaltungsverantwortung und Ge-
richtsbarkeit,
VVDStRL 34 (1976), 154
- Schramm, Th. Beurteilungen im Prüfungs-, Schul-
und Beamtenrecht, Köln-Berlin-Bonn-
München 1975
- Schunck, E./De Clerck, H. Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Aufl.,
Siegburg 1977

- Schweiger, K. Der "gebildete Durchschnittsmensch" und der unbestimmte Rechtsbegriff, DVBl 68, 483
- Schwerdtner, P. Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung - Ein Durchbruch zu Rationalitätsgarantien?, Jus 72, 357
- Stahl, F.J. Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht, Bd. II, 2. Abteilung, 6. Aufl., Hildesheim 1963
- Starck, Chr. Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34 (1976), 43
- Stern, K. Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlichrechtlichen Arbeit, 3. Aufl., München 1976
- Derselbe Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, Berlin 1964
- Derselbe Zur Verfassungstreue der Beamten, München 1974
- Stüer, B. Zum autonomen (kontrollfreien) Gestaltungsraum von Gesetzgeber und Verwaltung, DVBl 74, 314
- Thomas, H./Putzo, H. Zivilprozeßordnung, 8. Aufl., München 1975
- Tschira, O./Schmidt-Glaeser, W. Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, München 1976
- Ule, C.H. Unbestimmte Begriffe und Ermessen im Umweltschutzrecht, DVBl 73, 756
- Derselbe Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht; Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S. 309
- Derselbe Verwaltungsprozeßrecht, 6. Aufl., München 1975
- Viehweg, Th. Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 5. Aufl., München 1974

- Weber, H. Rechtsprechungsübersicht,
JuS 75, 73o
- Weigel, H.-J. Beurteilungsspielraum oder Delega-
tionsbegriff, Bern-Frankfurt 1971
- v. Welck, St. Rechtstatsachenuntersuchungen zum
Verwaltungsermessen,
DÖV 73, 732
- Wieacker, F. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit
unter besonderer Berücksichtigung der
deutschen Entwicklung, 2. Aufl.,
Göttingen 1967
- Wolff, H.-J./Bachof, O. Verwaltungsrecht I, 9. Aufl.,
München 1974
- Zippelius, R. Einführung in die juristische Me-
thodenlehre, München 1971
- Zuck, R. Zur Bindungswirkung der Radikalen-
Entscheidung des BVerfG,
JuS 75, 695

Vorbemerkung

Das Problem der Einstellung von "Radikalen" in den öffentlichen Dienst scheint seine Relevanz hauptsächlich aus den mit ihm verbundenen politischen Differenzen zu beziehen.

Die in der Öffentlichkeit engagiert geführte Diskussion kreist dabei vornehmlich um die Probleme der sog. Regelanfrage beim Verfassungsschutz, der Bewertung der Mitgliedschaft eines Bewerbers in einer "verfassungsfeindlichen" Partei, sowie - schlagwortartig ausgedrückt - um den Schutz des Staates vor seinen Feinden.

In dieser Diskussion konnte auch der "Radikalen-Beschluß" des BVerfG v. 22.5.75 keine friedensstiftende Wirkung entfalten und einen Konsens herstellen. Im Gegenteil hat dieser Beschluß aufgrund seiner inneren Widersprüchlichkeit und seines literarischen Stils eine "Auslegungsakrobatik" erzeugt, die es den streitenden Parteien ermöglichte, sich für jede der widerstreitenden Thesen auf das BVerfG zu berufen.

Bei der Erörterung des "Radikalen-Beschlusses" ist jedoch ein Problem nicht genügend beachtet worden, das für den einzelnen Bewerber für den öffentlichen Dienst von entscheidender Bedeutung ist.

Es handelt sich dabei um das Problem des Rechtsschutzes gegen die Entscheidung der Einstellungsbehörde, den Bewerber nicht in den öffentlichen Dienst aufzunehmen.

Hier hat das BVerfG - von der Öffentlichkeit, aber auch von der Rechtswissenschaft weitgehend unbeachtet - eine Auffassung vertreten, die zu erheblichen Bedenken Anlaß gibt.

Das BVerfG beschränkte die gerichtliche Nachprüfbarkeit der ablehnenden Entscheidung der Einstellungsbehörde nach den Grundsätzen der Lehre vom "Beurteilungsspielraum" auf die Beachtung des beamtenrechtlichen und verfassungsrechtlichen Rahmens und reservierte der Einstellungsbehörde einen unüberprüfbaren Freiraum bei ihrem persönlichen Urteil über den Bewerber.

Damit setzte sich das BVerfG in Widerspruch zu der bisherigen Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, die die Behördenentscheidung uneingeschränkt überprüften und Zweifelsfälle über Grundsätze der Beweislast zu lösen versuchten.

Mit dieser Beschränkung des gerichtlichen Prüfungsrechtes umging das BVerfG einerseits eine Festlegung auf allgemeingültige Kriterien der Überprüfung der Entscheidung der Einstellungsbehörde und entzog sich damit der Klärung wichtiger prozessualer Probleme und verkürzte andererseits den Rechtsschutz des Bewerbers für den öffentlichen Dienst um die Nachprüfung der zentralen Frage, ob die Überzeugung der Einstellungsbehörde über die fehlende Gewähr für Verfassungstreue zutrifft.

Die Bedeutung dieser Ausführungen reicht jedoch über den Bereich der Einstellung von "Radikalen" in den öffentlichen Dienst hinaus, denn das BVerfG bezog sich auf eine verwaltungsrechtliche Rechtsfigur (den "Beurteilungsspielraum"), die seit ihrer Einführung in das Verwaltungsrecht umstritten war und in letzter Zeit bereits überholt zu sein schien.

Die Anwendung einer problematischen Rechtsschutzeinschränkung in einem rechtsstaatlich außerordentlich sensiblen Bereich, wie der "Radikalen"-Problematik, verknüpft zwei Problemfelder miteinander, die für sich bereits genügend verwaltungsrechtsdogmatische und rechtsstaatliche Brisanz

enthalten.

In dieser Verbindung gewinnt die rechtsstaatliche Dimension der Einschränkung der gerichtlichen Prüfungsbefugnis durch einen "Beurteilungsspielraum" der Verwaltungsbehörde schärfere Konturen, als dies in anderen Rechtsgebieten der Fall ist.

Deshalb erscheint es angebracht, die Problematik der Einstellung von "Radikalen" in den öffentlichen Dienst zum Anlaß zu nehmen, die Rechtsfigur des "Beurteilungsspielraums" einer umfassenden Untersuchung zu unterziehen.

Auszugehen ist dabei von einer Analyse der Rechtsprechung in diesem Bereich, die die Schwierigkeiten der oben beschriebenen Verknüpfung von "Beurteilungsspielraum" und "Radikalenfrage" eindringlich deutlich macht, aber auch aufzeigt, wie ungeklärt die Voraussetzungen und Grundlagen der Lehre vom "Beurteilungsspielraum" sind. Die Frage nach diesen Voraussetzungen und Begründungen für einen Entscheidungsfreiraum der Verwaltungsbehörde bildet dann den Schwerpunkt der Untersuchung, bevor die sich abzeichnende Neuformulierung der Ermessenslehre, die das Problem des "Beurteilungsspielraums" miteinbezieht, in ihren Grundzügen zu würdigen ist.

Letztlich stellt sich die Frage nach den Konsequenzen der Untersuchung für den Rechtsschutz bei der Einstellung von "Radikalen" in den öffentlichen Dienst.

Hier sind Kriterien der Überprüfung zu entwickeln, die der Bedeutung des gerichtlichen Schutzes gegen Behördenentscheidungen unter rechtsstaatlichen Aspekten gerecht werden.

1. Teil: Das Problem des "Beurteilungsspielraums"
bei der Einstellung von "Radikalen" in
den öffentlichen Dienst in der Recht-
sprechung der Verwaltungsgerichte

A. Eingrenzung der Problematik

Die gerichtliche Überprüfung von Ablehnungsbescheiden der Behörde bei der Einstellung von "Radikalen" in den öffentlichen Dienst bietet in mehrfacher Hinsicht Anlaß zu einer näheren Untersuchung.

I. Die Zulässigkeit der Klage

Zunächst ist im Bereich der Zulässigkeit der Klage das Problem der Klageart und - damit zusammenhängend - dasjenige der Klagebefugnis aufgeworfen. Beide Probleme sind mit der Frage verknüpft, ob dem Bewerber ein subjektives Recht auf Einstellung in den öffentlichen Dienst zusteht.

Diese Frage wird von der weitaus herrschenden Meinung unter Hinweis auf die Formulierung in Art. 33 Abs. 2 GG verneint. Vielmehr wird die Einstellung von Bewerbern als im Ermessen der Behörde liegend angesehen.¹

Daraus ergibt sich in prozessualer Hinsicht die Frage, ob der abgelehnte Bewerber gegen die Ablehnung im Wege der Verpflichtungsklage vorgehen kann, oder ob er sich auf die Anfechtung des

¹ vgl. VG München, Urteil v. 13.10.76 - Nr. M 27
V 76 - = ZBR 77, 69 m.w.N.

Ablehnungsbescheides beschränken muß.¹

Die Rechtsprechung erkennt in diesem Zusammenhang eine Verpflichtungsklage auf fehlerfreie Ermessensausübung an² und hält den abgelehnten Bewerber für klagebefugt, da sein subjektives Recht auf die fehlerfreie Ermessensausübung durch die Ablehnung möglicherweise betroffen sein könnte.³

Der hier nur kurz dargestellten Zulässigkeitsproblematik soll im folgenden nicht weiter nachgegangen werden, da die eben geschilderten Annahmen allgemein anerkannt sind und in sich widerspruchsfrei von der Rechtsprechung angewendet werden. Auf den Gesichtspunkt der fehlerfreien Ermessensausübung wird allerdings in anderem Zusammenhang näher einzugehen sein. Im Rahmen des Anspruchs des Bewerbers auf Einstellung in den öffentlichen Dienst soll diese These jedoch nicht weiter überprüft werden.

II. Die Begründetheit der Klage

Bietet die Zulässigkeit der Klage auf Einstellung in den öffentlichen Dienst keine spezifischen prozessualen Probleme, so treten in der Begründet-

1 Vereinzelt wird auch eine "Bescheidungsklage" vorgeschlagen, die aber als Klageart nicht in der VwGO geregelt ist und für die auch kein Rechtsschutzinteresse besteht, vgl. zum ganzen Kopp, VwGO, 3 zu § 42.

2 Trotzdem spricht das BVerfG in seinem "Radikalen-Beschluß" davon, daß der abgelehnte Bewerber Anfechtungsklage erhebt; diese Vorstellung erstaunt besonders, weil eine solche Klage, soweit ersichtlich, in der Prozeßpraxis noch nicht erhoben worden ist.

3 vgl. VG München, Urteil v. 13.10.76 - Nr. M 27 V 76 - = ZBR 77, 69.

heit der Klage vor allem zwei Schwierigkeiten auf, die unabhängig vom Einzelfall die Gerichte typischerweise beschäftigt haben und teilweise auch noch beschäftigen.

Dabei handelt es sich einmal um die Frage, ob das Gericht aufgrund des Parteienprivilegs nach Art. 21 Abs. 2 GG gehindert ist, dem Bewerber die Mitgliedschaft in einer nicht verbotenen, aber vom Gericht für verfassungsfeindlich gehaltenen Partei anzulasten, und zum anderen darum, ob der Behörde bei dem Urteil über die Verfassungstreue ein "Beurteilungsspielraum" zusteht und wie weit dieser reicht. Der erste Komplex hat durch den "Radikalen-Beschluß" des BVerfG für die Prozeßpraxis an Bedeutung verloren, der zweite ist durch diesen Beschluß überhaupt erst in diese Praxis eingeführt worden.

Eine Untersuchung der Verwaltungsrechtsprechung kann sich demnach darauf beschränken, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Gerichte einen "Beurteilungsspielraum" der Behörde bei der Einstellung von "Radikalen" anerkannt haben, und wie sie diese dogmatische Rechtsfigur handhaben.

Dabei soll in dieser Phase der Arbeit nicht gefragt werden, ob die Prämissen für die Annahme eines "Beurteilungsspielraums" aus rechtstheoretischer, methodischer und rechtsstaatlicher Sicht tragfähig sind.

Vielmehr soll die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte lediglich dargestellt und einer immanenten Kritik unterworfen werden. Die Spruchpraxis soll sozusagen an ihren eigenen Ansprüchen gemessen und auf Schlüssigkeit, Stringenz und Widerspruchsfreiheit der Argumentation hin untersucht werden.

Dazu bietet es sich an, zunächst die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte vor dem "Radikalen-Beschluß" des BVerfG zu überprüfen, wobei in den Mittelpunkt der Prüfung die Frage nach dem Umfang der Nachprüfung der Einstellungsbescheide und dem methodischen Prüfungsansatz der Gerichte zu stellen sein wird. Daraufhin ist der "Radikalen-Beschluß" des BVerfG vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung zu analysieren, bevor schließlich die Rezeption der Thesen des BVerfG in der Rechtsprechung zu untersuchen ist.

B. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte vor dem "Radikalen-Beschluß" des BVerfG

Gem. § 4 Abs. 1 Nr. 2 BRRG i.V.m. den jeweiligen Landesbeamtengesetzen und dem Bundesbeamtengesetz darf in das Beamtenverhältnis nur berufen werden, wer "die Gewähr dafür bietet, daß er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes eintritt."

Diese sog. "Gewähr-biete-Formel" bietet den Maßstab für die gerichtliche Überprüfung von Ablehnungsbescheiden der Einstellungsbehörden, die sich darauf stützen, daß der Bewerber nicht die erforderliche Gewähr der Verfassungstreue bietet.

Der methodische Prüfungsansatz der Verwaltungsgerichte bestand demnach vor dem "Radikalen-Beschluß" des BVerfG vom 22.5.75 darin, Voraussetzungen aufzustellen, die aus der "Gewähr-biete-Formel" abgeleitet wurden und die Umstände des Einzelfalls unter diese Voraussetzungen zu subsumieren.

So formuliert das VG Neustadt:

"Es entspricht dem heutigen Sinngehalt der (Gewähr-biete) Formel, wenn man sie so versteht, daß keine Tatsachen vorliegen dürfen, die zu Zweifeln in Hinsicht auf die Gewähr für verfassungstreues Verhalten Anlaß bieten",

um dann zu fragen, ob im konkreten Fall solche Tatsachen gegeben sind.¹

In einem anderen Urteil heißt es:

"Ebenso wie die übrigen in Art. 9 Abs. 1 BayBG aufgezählten Voraussetzungen ist (die Gewähr) ein Merkmal der persönlichen Eignung... Die zuständige Ernennungsbehörde hat die Mitarbeit der Klägerin bei der DKP und im MSB Spartakus als Umstände angesehen, die geeignet sind, die Erfüllung der Treupflicht in Frage zu stellen... Dazu hat der Senat festgestellt..."²

Auch hier ist also das methodische Vorgehen bestimmt von der Frage nach den zu erfüllenden Voraussetzungen und der uneingeschränkten Nachprüfung ihres Vorliegens. Das erkennende Gericht würdigt die Feststellungen der Einstellungsbehörde und trifft demgegenüber sein eigenes Urteil.

Ähnlich argumentiert das VG Bremen, wenn es - in kürzerer Form - ausführt:

"Die Kammer vermag nicht festzustellen, daß der Kläger bereit ist, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten"

und dies mit der Mitgliedschaft des Klägers in der DKP begründet.³

Ein über den Einzelfall hinausgehendes Urteil fällt das OVG Koblenz, indem es Bedingungen festlegt, unter denen "in aller Regel" ein Bewerber

1 VG Neustadt, Urteil v. 24.10.72 -7 K 21/72- (nicht rechtskräftig).

2 BayVGH, Urteil v. 7.12.73 -Nr. 125 III 73- = ZBR 74, 136.

3 VG Bremen, Urteil v. 8./15.11.72 -II A 233/72- = ZBR 73, 16.

keinen Zugang zum öffentlichen Dienst finden dürfe:

"Wer sich durch seine Mitgliedschaft verpflichtet, sich für die Verwirklichung der beschlossenen, mit der freiheitlich-demokratischen Grundordnung unvereinbaren Politik (der DKP) einzusetzen, sie im gesellschaftlichen Leben, d.h. überall, aktiv zu vertreten, kann nicht gleichzeitig dafür Gewähr bieten, daß er jederzeit für die freiheitlich-demokratische Grundordnung eintritt. Ein solcher Bewerber ist in aller Regel nicht vertrauenswürdig und für den öffentlichen Dienst nicht geeignet... Wer der DKP in diesem Umfang (es geht um eine Kandidatur für die DKP und um eine Halbtagsbeschäftigung in einem DKP-Büro, d. Verf.) vertrauenswürdig erscheint, kann nicht für den Staatsdienst vertrauenswürdig sein."¹

Hier begnügt sich das Gericht nicht damit, im konkreten Fall festzustellen, ob ein Bewerber die erforderliche Gewähr bietet, sondern es legt darüberhinaus das Urteil der Einstellungsbehörde in gleichen oder ähnlich gelagerten Fällen fest. Das Gericht befindet also nicht nur über die abgegebene Wertung der Behörde, sondern gibt dieser quasi eine Richtlinie auf, wie sie sich in ähnlichen Fällen zu verhalten habe.

Diese Vorgehensweise stellt an sich nichts für die Rechtsprechung ungewöhnliches dar und ist vor allem bei der Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe die Regel, sie dokumentiert im vorliegenden Problemkreis jedoch, daß das Gericht sich bei der Beurteilung des Bewerbers keine Beschränkungen auferlegt und auch die zukünftige Beurteilungspraxis der Einstellungsbehörde beeinflussen will.

Für einen "Beurteilungsspielraum" der Einstellungsbehörde ist in den oben aufgeführten Urteilen

¹ OVG Koblenz, Urteil v. 29.8.73 -2 A 24/73- = DVBl 73, 816.

ersichtlich kein Ansatz zu finden, vielmehr erfolgt eine uneingeschränkte Überprüfung der Ablehnungsbescheide auf ihre Rechtmäßigkeit hin. Aus den zitierten Formulierungen wird auch deutlich, daß die Gerichte eine eigene Beurteilung des Bewerbers vornehmen, ohne sich an die behördlichen Wertungen gebunden zu fühlen. Eine abweichende Einschätzung könnte sich allein aus einem Beschluß des VG München ergeben, in dem es heißt:

"Die Feststellung der mangelnden Bewährung ist ein Akt wertender Erkenntnis mit Beurteilungsspielraum für den Dienstherrn, was sich daraus ergibt, daß der Gesetzgeber bei den genannten Vorschriften mit den Begriffen "Eignung, Befähigung oder fachliche Leistung" unbestimmte Gesetzesbegriffe verwendet und deren Ausfüllung dem Dienstherrn überläßt."¹

Aus dieser Entscheidung läßt sich jedoch nichts für einen "Beurteilungsspielraum" der Einstellungsbehörde herleiten, denn zum einen handelte es sich bei dem fraglichen Verfahren um die Entlassung eines Beamten auf Probe wegen fehlender Gewähr für Verfassungstreue und nicht um dessen Einstellung und zum anderen bezog sich das Gericht bei der Einräumung des "Beurteilungsspielraums" auf den Begriff der Eignung und nicht auf die Gewähr der Verfassungstreue, die lediglich ein Merkmal der Eignung darstellt.²

In der Rechtsprechung war auch schon vor dem "Radikalen-Beschluß" des BVerfG vom 22.5.75 die Problematik erkannt worden, die sich aus dem Gesetzeswortlaut ergibt, daß der Bewerber jederzeit

1 VG München, Beschluß v. 31.10.74 -M 146/74-.

2 vgl. dazu BayVGH, Urteil v. 7.12.73 -Nr. 125 III 73- = ZBR 74, 136 mit der oben im Text zitierten Formulierung.

für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten habe. Aus dieser Formulierung wurde zu Recht gefolgert, daß bei der Einstellung eines Bewerbers das Urteil der Einstellungsbehörde auch prognostischen Charakter habe. Dazu führt das OVG Hamburg aus:

"Da bei der Einstellung eines Bewerbers eine Prognose angestellt werden muß, kommt es darauf an, ob nach seiner Person, seinem Verhalten und seiner Einstellung zur praktischen Politik...das Vertrauen gerechtfertigt ist, er werde seine Beamtenpflicht künftig erfüllen. Es dürfen mithin keine Umstände vorliegen, welche es zweifelhaft erscheinen lassen, daß der Bewerber auch seiner politischen Treupflicht gerecht werden wird... Überdies läßt sich eine Prognose, die ohnehin notwendig Unsicherheitsfaktoren in sich birgt, kaum sachgerecht abgeben, wenn sie sich nicht auf einen umfassenden Sachverhalt gründet..."¹

Das Gericht faßt hier das Problem der Prognose als ein Problem einer nachvollziehbaren Analyse der Persönlichkeit des Bewerbers und einer umfassenden Sachverhaltsaufklärung auf. Es kommt auf diesem Wege zu der Formel, daß keine Umstände vorliegen dürfen, die zu Zweifeln an der Verfassungstreue Anlaß geben und unterzieht so die Prognose einer Prüfung auf ihr sachgerechtes Zustandekommen und ihre logische Nachprüfbarkeit hin.

Das BVerwG nahm in seiner Entscheidung vom 6.2.75, die die erste letztinstanzliche Entscheidung in diesem Problemkreis darstellte, den Gedanken des OVG Hamburg auf, vertiefte ihn jedoch und präzisizierte die Begründungspflicht der Behörde unter Einbeziehung der auch im Verwaltungsprozeßrecht bedeutsamen Beweislastproblematik. Die entscheidenden Formulierungen lauten:

1 OVG Hamburg, Urteil v. 30.1.74 - OVG Bf. III 13/73- ZBR 74, 187.

"Da menschliches Verhalten nicht sicher vorherbestimmbar ist, kann das Erfordernis des Bietens einer Gewähr nur bedeuten, daß keine Umstände vorliegen dürfen, die nach der Überzeugung der Ernennungsbehörde die künftige Erfüllung der Pflicht zur Verfassungstreue zweifelhaft erscheinen lassen... Diese Zweifel müssen auf Umständen beruhen, die geeignet sind, ernste Besorgnisse auszulösen. Sie müssen also begründet sein. Der Dienstherr muß deswegen im Falle der Ablehnung der Übernahme eines Beamtenbewerbers die Umstände dartun, die seine Zweifel zu rechtfertigen vermögen... Das bedeutet, daß der Dienstherr im Rechtsstreit unterliegen muß, wenn es nicht gelingt, Umstände darzutun und festzustellen, aus denen sich hinreichende Zweifel daran herleiten lassen, daß der Bewerber die...Gewähr bietet."¹

Mit diesen Ausführungen wurden die vorher geschilderten Prüfungsgesichtspunkte bestätigt und so handhabbare Kriterien der gerichtlichen Kontrolle von Ablehnungsbescheiden entwickelt.²

C. Der "Radikalen-Beschluß" des BVerfG vom
22.5.75³

Angeichts einer intensiv geführten Diskussion über die Probleme der Einstellung von "Radikalen" in den öffentlichen Dienst wurde in der Öffentlichkeit die oben erwähnte Entscheidung des BVerwG noch nicht als "letztes Wort" angesehen, sondern

1 BVerwG, Urteil v. 6.2.75 -III C 68/73- = NJW 75, 1135 = DVBl 75, 822.

2 vgl. dazu auch Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlichrechtlichen Arbeit, S. 147, der trotz Kritik an der Beweislastverteilung meint, daß sich für die Praxis aus dieser Entscheidung eine akzeptable Handhabung ergeben möge; s. auch Nierhaus, Gerichtliche Kontrolle von Prognoseentscheidungen, DVBl 77, 19 (23); Kemper, DÖV 75, 673.

3 BVerfG, Beschluß v. 22.5.75 -2BvL 13/73- = BVerfGE 39, 334 = NJW 75, 1641 = JZ 75, 561 = ZBR 75, 251.

auf eine Klärung der anstehenden Fragen durch das BVerfG gedrängt.¹

Dieses nahm einen Vorlagebeschuß des VG Schleswig zum Anlaß, die Zweifelsfragen bei der Einstellung von "Radikalen" in den öffentlichen Dienst zu erörtern. Es soll hier nicht näher der Zulässigkeit des Vorlagebeschlusses und den Umständen, unter denen der "Radikalen-Beschluß" getroffen wurde, nachgegangen werden,² sicher ist nur, daß der Beschluß nur wenige Probleme hinreichend geklärt, dafür aber um so mehr Zweifel aufgeworfen hat.³

Unerwartet und überraschend kamen dabei insbesondere die Ausführungen des BVerfG zu den Maßstäben der gerichtlichen Kontrolle der ablehnenden Entscheidung der Einstellungsbehörde.⁴ Das

-
- 1 vgl. Stern, Zur Verfassungstreue der Beamten, S. 65; Schick, Radikalenproblem und kein Ende, ZBR 75, 1 (6), mit einem Überblick über den Stand der politischen Diskussion, der allerdings die Möglichkeiten des BVerfG zur Beendigung der Diskussion zu Recht skeptisch einschätzt; vgl. auch die nachfolgende Analyse des "Radikalen-Beschlusses" durch Schick, Der "Radikalen-Beschluß" des BVerfG, NJW 75, 2169; siehe auch das Interview mit dem Bundesverfassungsrichter Martin Hirsch in "Der Spiegel" Nr 32/1975, S. 43.
 - 2 vgl. dazu die Kritik von Zuck, Zur Bindungswirkung der Radikalen-Entscheidung des BVerfG, JuS 75, 695.
 - 3 vgl. dazu Lange, "Radikale" im öffentlichen Dienst?, NJW 76, 1809; Schick, Der "Radikalen-Beschluß"..., NJW 75, 2169; Weber, Rechtsprechungsübersicht, JuS 75, 730; Zuck, Zur Bindungswirkung..., JuS 695; Esser, Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs, JZ 75, 555 (557); Kemper, Rechtsprechungsübersicht, DÖV 75, 671 (673); Lademann, Zur Extremisten-Entscheidung des BVerfG vom 22.5.75, DRiZ 75, 357.
 - 4 BVerfG, Beschluß v. 22.5.75 -2 BvL 13/73- = NJW 75, 1641 (1643); vgl. dazu Lange, "Radikale"..., NJW 76, 1809 (1812f); Kemper, DÖV 75, 671 (673); Nierhaus, Gerichtliche Kontrolle..., DVBl 77, 19 (23).

Gericht verwirft hier zunächst - ohne dies ausdrücklich zu betonen - die Auffassung des BVerwG über die Beweislastverteilung und den Sinn der "Gewähr-biete-Formel":

"Bei dieser Entscheidung (der Einstellungsbehörde, d. Verf.) gibt es keine "Beweislast", weder für den Bewerber, daß er die geforderte Gewähr bietet, noch für die Einstellungsbehörde, daß der Bewerber diese Gewähr nicht bietet.

"Zweifel an der Verfassungstreue" hat hier nur den Sinn, daß der für die Einstellung Verantwortliche im Augenblick seiner Entscheidung nicht überzeugt ist, daß der Bewerber die Gewähr bietet... Dieser Überzeugung liegt ein Urteil zugrunde, das zugleich eine Prognose enthält... Es handelt sich um ein prognostisches Urteil über die Persönlichkeit des Bewerbers, nicht lediglich um die Feststellung einzelner Beurteilungselemente."

Damit hat das BVerfG die von der Rechtsprechung entwickelte Formel von den "Umständen, die zu Zweifeln Anlaß geben"¹ aufgegeben und die Begründungs- und Darlegungspflicht für die ablehnende Entscheidung von der Einstellungsbehörde genommen. Es stellt dafür in den Mittelpunkt seiner Überlegungen den Begriff des "prognostischen Urteils", sowie die Verantwortlichkeit des einstellenden Beamten. Von diesem Ausgangspunkt her erscheint es nur konsequent, wenn das BVerfG - sich auf die gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten der Ablehnungsentscheidung beziehend - weiter fortführt:

"Soll² der Ablehnungsbescheid durch Anfechtungsklage² angegriffen werden, so..(gilt).. für diese Anfechtungsklage derselbe Grundsatz, den die Verwaltungsgerichte für die Fälle entwickelt haben, in denen eine Beurteilung (Prüfungsergebnis,

1 vgl. die Nachweise oben unter B.

2 vgl. dazu die Ausführungen unter A; es ist unerfindlich, wie das Gericht angesichts der Tatsache, daß allein die Verpflichtungsklage dem Rechtsschutzziel der Einstellung gerecht wird, auf die Anfechtungsklage kommt.

dienstliche Beurteilungen, usw.) Gegenstand der gerichtlichen Kontrolle ist. Soweit der der einstellenden Behörde danach zustehende Beurteilungsspielraum reicht, ist die gerichtliche Nachprüfung darauf beschränkt, ob diese Stelle von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist und ob sie den beamtenrechtlichen und verfassungsrechtlichen Rahmen (Art. 33 Abs. 2 und 5 GG), in dem sie sich frei bewegen kann, verkannt hat. Im übrigen ist die Nachprüfung von Ablehnungsbescheiden auf die Willkürkontrolle beschränkt; dabei kann das Gericht die angegriffene Beurteilung nicht durch die eigene Beurteilung ersetzen. Aus demselben Grund kann das Gericht in aller Regel dem Anfechtungskläger den Zugang zum öffentlichen Dienst nicht eröffnen..., sondern allenfalls den Ablehnungsbescheid aufheben und dadurch die Verwaltung nötigen, erneut über den Antrag auf Übernahme in den öffentlichen Dienst zu entscheiden."

Das Gericht geht hier von zwei Beschränkungen der Nachprüfbarkeit von Ablehnungsbescheiden aus. Einmal wird für die Einstellungsbehörde ein "Beurteilungsspielraum" reklamiert und zum anderen wird das überprüfende Gericht auf die Willkürkontrolle verwiesen, weshalb es auch dem Anfechtungskläger nicht den Zugang zum öffentlichen Dienst eröffnen könne.

Soweit diese letzten Ausführungen betroffen sind, spricht das Gericht lediglich eine Selbstverständlichkeit aus. Rechtsschutzziel der Anfechtungsklage ist die Aufhebung des angegriffenen Bescheides¹ und nicht die Verpflichtung der Behörde zum Erlaß eines anderen Bescheides.

Darüberhinausgehende Bedeutung kann die Entscheidung über die Aufhebung nur insoweit haben, als die Behörde in der Regel aus einem Aufhebungs-

1 vgl. Kopp, VwGO, 5 zu § 42.

urteil die gebotenen Folgen ziehen wird.¹

Im Zusammenhang mit der oben zitierten Passage führen die Erwägungen des BVerfG zur Willkürkontrolle und zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides jedoch zu erheblichen Unklarheiten. Vor allem die Bemerkung, das Gericht könne seine eigene Beurteilung nicht an die Stelle der Behördenbeurteilung setzen, kann leicht zu Mißverständnissen führen. Im Rahmen der Ausführungen über die Willkürkontrolle ist dieser Satz bedeutungslos. Es ist selbstverständlich, daß bei einer Anfechtungsklage das Gericht keine eigenen Beurteilungen anstellt, sondern lediglich die Beurteilung der Behörde aufhebt oder bestätigt. Nun ist aber die gewählte Formulierung eine der "klassischen" Beschreibungen des Wesens des "Beurteilungsspielraums",² auf den sich das BVerfG einen Satz vorher bezogen hatte.

Das Gericht gebraucht also die Standardformulierung zur Kennzeichnung der rechtsdogmatischen Figur des "Beurteilungsspielraums" bei den Erwägungen über die Willkürkontrolle, die dem Bereich des Rechtsfolgeermessens zuzuordnen ist. Daraus läßt sich nur der Schluß ziehen, daß dieser Satz entweder sinnlos ist und als Teil der "literarischen Verdoppelungstechnik",³ die den Stil des "Radikalen-Beschlusses" bedauerlicher-

1 vgl. BVerfG, Urteil v. 30.4.71 -VI C 35/68- = BVerfGE 38, 99ff; Maunz in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, Rdn. 17 zu Art. 33 für eine Feststellungsklage.

2 vgl. schon Jarosch, Die Prüfung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltungsgerichte, DVBl 54, 521 (525); Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 55, 97; Stürer, Zum autonomen (kontrollfreien) Gestaltungsraum von Gesetzgeber und Verwaltung, DVBl 74, 314.

3 Zuch, Zur Bindungswirkung..., JuS 75, 695 (697).

weise prägt, gesehen werden muß, oder trotz des klaren Wortlauts (Im übrigen ist..) in Wirklichkeit auf die Ausführungen über den "Beurteilungsspielraum" zu beziehen ist. An dieser Stelle wäre diese Formulierung auch zur Präzisierung der dortigen Unklarheiten und als Hinweis für den gerichtlichen Prüfungsmaßstab geeignet und gewänne so im Kontext der Entscheidung ihren Sinn.

Auch die Überlegungen, die das BVerfG zur Problematik des "Beurteilungsspielraums" anstellt, sind nicht frei von Schwächen. So ist der Bezug auf die Grundsätze, die in der Verwaltungsrechtsprechung zur Überprüfung von Prüfungsleistungen und Beurteilungen entwickelt wurden, angesichts der schwer vergleichbaren Situation bei der Einstellung von "Radikalen" in den öffentlichen Dienst zu pauschal, um daraus handhabbare Kriterien für die Gerichtskontrolle von Ablehnungsbescheiden zu gewinnen.

Solche Kriterien lassen sich auch nicht aus dem darauffolgenden Satz herleiten. Hier ist bereits die Einleitungsformulierung (Soweit der der einstellenden Behörde danach zustehende Beurteilungsspielraum reicht..) problematisch, denn die Frage ist ja gerade, wie weit dieser Spielraum zu ziehen ist. Auf die Folgerungen, die diese Formulierung gezeitigt hat, wird später noch einzugehen sein.

Die darauffolgende Erläuterung der Nachprüfungsbeschränkungen ist bis auf den Hinweis auf die unrichtige Sachverhaltsermittlung nicht geeignet, die Grenzen der gerichtlichen Kontrolle zu präzisieren. Der "beamtenrechtliche und verfassungsrechtliche Rahmen", in dem sich die Behörde frei bewegen kann, wird vom Gericht lediglich benannt,

nicht aber beschrieben oder inhaltlich definiert.¹

Eine echte Beschränkung gerichtlicher Kontroll-dichte läßt sich aus dieser Formulierung nicht entnehmen, denn jede Behördenentscheidung ergeht in einem rechtlichen "Rahmen", dessen Verletzung vom Gericht festzustellen ist.

Wie schon oben angedeutet, ist in diesem Zusammenhang allein die Bemerkung relevant für die Prozeßpraxis, daß das Gericht nicht seine eigene Beurteilung an diejenige der Verwaltung setzen dürfe.

Im ganzen läßt sich feststellen, daß die besprochenen Ausführungen des BVerfG zu pauschal, zu wenig auf die spezielle Problematik der Einstellung von "Radikalen" in den öffentlichen Dienst bezogen sind, um den Gerichten Kriterien für die Überprüfung von Ablehnungsbescheiden an die Hand zu geben.

Durch die Fixierung auf die Beurteilung des einstellenden Beamten und die Prognoseproblematik - mit der Konsequenz des "Beurteilungsspielraums" - versäumt es das Gericht, sich mit den Fragen der Beweislast auseinanderzusetzen. Überdies leidet die besprochene Passage unter einer Ver- kennung der Prozeßlage in den Einstellungsver- fahren und ist nicht sorgfältig genug bei der Verwendung von prozeßrechtlichen Begriffen. Im folgenden ist zu untersuchen, zu welchen Kon- sequenzen diese Mängel in der Praxis der Ver- waltungsgerichte geführt haben.

1 Kemper, DÖV 75, 673 zieht aus dieser Formulierung die Konsequenz, da das BVerwG einen derartigen "Rahmen" leugne, "gebe es eben keinen Beurteilungsspielraum".

D. Die Rezeption des "Radikalen-Beschlusses" in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Nach dem "Radikalen-Beschluß" des BVerfG hatten sich die Gerichte im Bereich der Überprüfung von Ablehnungsbescheiden damit auseinanderzusetzen, daß der methodische Prüfungsansatz des BVerwG in einem wesentlichen Punkt nicht mit dem des BVerfG übereinstimmte.¹ Ins Gewicht fiel außerdem, daß das BVerfG unvermittelt und ohne tiefere Begründung eine - ohnehin umstrittene - Rechtsfigur an die Stelle einer schon weitgehend gefestigten Rechtsprechung gesetzt hatte.

Diese Situation führte zu dem eigenartigen Resultat, daß die Vorgaben des BVerfG zwar verbal akzeptiert und in die Urteilsbegründungen eingeführt wurden, dann aber entweder mit dem Ansatz des BVerwG für vereinbar erklärt wurden oder der "Beurteilungsspielraum" der Einstellungsbehörden mit verschiedenen Argumentationen eingeschränkt wurde, schließlich die Ablehnungsbescheide trotzdem uneingeschränkt überprüft wurden. Im Ergebnis ist keine der untersuchten Klagen mit dem Argument abgewiesen worden, die Beurteilung der Behörde sei zwar nicht überzeugend, liege aber innerhalb des gerichtlich nicht überprüfbaren Spielraums und könne daher nicht durch eine Beurteilung des Gerichts ersetzt werden. Dies ist

1 Die Problematik, ob die Gerichte an die Ausführungen des BVerfG gebunden sind, kann hier außer Betracht bleiben, da auch ohne die Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG die Ausstrahlung der Entscheidung des BVerfG beträchtlich ist; vgl. zur Bindungswirkung Lange, "Radikale"..., NJW 76, 1809ff; Zuck, Zur Bindungswirkung..., JuS 75, 695 (696): "es war überflüssig, das Problem der Gerichtskontrolle der Überzeugungsbildung zu behandeln."

aber die prozessuale Folge der Einräumung eines "Beurteilungsspielraums".¹

In der ersten nach dem "Radikalen-Beschluß" veröffentlichten Entscheidung setzte sich das VG Augsburg ausführlich mit der Frage des "Beurteilungsspielraums" und den Thesen des BVerfG auseinander. Schon hier wird die Skepsis deutlich, die das Gericht in dieser Hinsicht hat, wenn es nach einer Darstellung der Argumentation des BVerfG fortfährt:

"Die Grenzen des Beurteilungsspielraums...dürfen nach Überzeugung der Kammer...aus rechtsstaatlichen Gründen nicht zu weit gezogen werden...die Möglichkeit des Bürgers, sich gegen Entscheidungen der Behörden zur Wehr zu setzen, sie überprüfen zu lassen, (darf) indes nicht weiter als unbedingt nötig durch die Einführung gerichtsfreier Beurteilungsspielräume eingeengt werden..."²

Nach einer eingehenden Erörterung der Gründe, die die Rechtsprechung in anderen Gebieten zur Anerkennung von "Beurteilungsspielräumen" veranlaßt haben, führt das Gericht weiter aus:

"..Gründe, die zur Anerkennung eines Beurteilungsspielraumes im Prüfungs- und Beurteilungswesen geführt haben, (liegen) nicht in gleicher Gewichtigkeit wie bei den zum Vergleich herangezogenen Sachbereichen vor. Der vom Bundesverfassungsgericht der Einstellungsbehörde zugebilligte Beurteilungsspielraum kann demnach erst dort einsetzen, wo die Behörde Wertungen der Persönlichkeit des

1 vgl. Kellner, Der sog. Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgerichtlichen Prozeßpraxis, NJW 66, 857; s. auch BVerwG, Urteil v. 24.4.59 -VII C 104.58- = BVerwGE 8, 272; OVG Münster, Urteil v. 13.7.65 -II A 1243/64- = OVG 21, 288, wo Klagen aus dem Prüfungsbereich mit ähnlichen Begründungen abgewiesen wurden.

2 VG Augsburg, Urteil v. 1.12.1975 -Au 131 II 75- = ZBR 76, 83.

Bewerbers aufgrund eigener Erfahrungen und Beobachtungen (z.B. Einstellungsgespräche) mit in die Entscheidung einbezieht."

Das Gericht setzt sich dann mit den Erkenntnissen, die dem Ablehnungsbescheid zugrundelagen, auseinander und kommt zu dem Ergebnis, daß diese Tatsachen nicht zur Ablehnung ausreichten. Im Rahmen dieser Untersuchung stellt das Gericht fest:

"Das Gericht hat nach den beiden mündlichen Verhandlungen und nach dem Ergebnis der Zeugeneinvernahme den Eindruck gewonnen, daß die Klägerin glaubwürdig und in beruflichen Dingen ein engagierter Mensch ist und daß sie durchaus auf dem Boden der freiheitlichen demokratischen Grundordnung steht."

Es ist offensichtlich, daß die Kammer sich damit ein eigenes Urteil über die Klägerin gebildet hat. Trotzdem spricht sie nicht die Verpflichtung der Behörde zur Einstellung aus,

"da...das Gericht sein Urteil nicht an die Stelle der Einstellungsbehörde setzen kann, mithin der Antrag noch nicht entscheidungsreif ist..",

um mit den Worten zu enden:

"Falls bei der erneuten Überprüfung des Antrages keine neuen Tatsachen auftreten sollten..., wird die Behörde den Antrag der Klägerin..nicht ablehnen können."

Dieses hier ausführlich zitierte Urteil ist in mehrfacher Hinsicht aufschlußreich. Zunächst ist der Versuch bemerkenswert, den "Beurteilungsspielraum" auf die eigenen Wertungen der Behörde zu beschränken. Damit setzt sich das Gericht zwar verbal nicht in Gegensatz zum BVerfG, es relativiert aber dessen Ausführungen in entscheidender Weise und führt die Behördenentscheidung wieder einer umfassenden Überprüfung zu. Denn bei der Einstellung eines Bewerbers kann die

Behörde naturgemäß kaum auf eigene Erfahrungen mit dem Bewerber verweisen, sondern ist notwendigerweise auf fremde Erkenntnisquellen, meist von den Staatsschutzbehörden, angewiesen.

Der Fall, daß eine Einstellungsbehörde allein aufgrund eines Einstellungsgespräches die Verfassungstreue eines Bewerbers bezweifelt, ist wohl kaum denkbar. Damit ist das Gericht auf einem Umweg - allerdings ohne dies auszusprechen - wieder bei den Maßstäben des BVerwG angekommen, daß das Urteil der Behörde mit Umständen zu begründen ist, die zu ernsthaften Zweifeln an der Verfassungstreue Anlaß geben. Besonders deutlich wird dieser Prüfungsmaßstab, wenn das Gericht darauf verweist, daß nach seiner Überzeugung die Klägerin durchaus verfassungstreu sei und der Behörde aufgibt, durch neue Tatsachen die Zweifel an der Verfassungstreue der Klägerin zu belegen. Letztlich verpflichtet das Gericht damit die Behörde, die Klägerin einzustellen, wenn nicht andere Tatsachen der Klägerin angelastet werden können. Für eine eigenständige Beurteilungsfreiheit der Behörde oder des einstellenden Beamten ist in dieser Argumentation - trotz der einleitenden Ausführungen - kein Raum mehr.

Darüberhinaus ist das Abstellen auf die Grundlagen der Beurteilung nicht mit dem Gedanken vereinbar, der das BVerfG zur Einräumung eines "Beurteilungsspielraums" der Einstellungsbehörde geführt hat. Das BVerfG sieht das wesentliche der Behördenbeurteilung im persönlichen Eindruck des einstellenden Beamten und in dem prognostischen Charakter der Entscheidung, aber nicht in den Grundlagen der Beurteilung. Nach der Argumentation des BVerfG könnte z.B. ein DKP-Mitglied in den öffentlichen Dienst eingestellt werden, wenn der

für die Einstellung Verantwortliche zu dem Urteil kommt, daß der Bewerber trotzdem verfassungstreu sein werde. Genauso aber, das ergibt der Umkehrschluß, müßte es dem einstellenden Beamten aufgrund seiner Prognose möglich sein, einen nicht parteigebundenen Bewerber nicht einzustellen, obwohl keine "eindeutigen" Erkenntnisse über diesen Bewerber vorliegen. Diese Alternative ist jedoch nach dem Urteil des VG Augsburg nicht denkbar, denn das Gericht zieht aus der nicht hinreichenden Begründung der Einstellungsbehörde ohne weiteres den Schluß, daß auch das zustandegekommene Urteil fehlerhaft sein müsse. Damit ist ein Freiraum alternativer Beurteilungsmöglichkeiten, die nicht mehr kontrollierbar sind, ausgeschlossen.

Über diese Konsequenz kann auch nicht hinwegtäuschen, daß das Gericht nicht die begehrte Verpflichtung ausgesprochen hat, sondern ein Bescheidungsurteil erlassen hat.

Sinn des Bescheidungsurteils ist es festzustellen, daß die von der Behörde gewählte Handlungsalternative im Rahmen einer Ermessensentscheidung fehlerhaft und deshalb aufzuheben war. Die Behörde hat dann die Möglichkeit, bei gleichbleibender Sachlage eine von verschiedenen denkbaren anderen Entscheidungen zu treffen. Das Gericht erkennt durch das Bescheidungsurteil an, daß es mehrere rechtmäßige Handlungsmöglichkeiten der Behörde gibt, von denen es ihr keine vorschreiben kann.¹

Im vorliegenden Fall liegen die Dinge jedoch völlig anders. Bei gleichbleibender Sachlage ist nach Auffassung des Gerichts die Behörde verpflichtet, die Klägerin einzustellen. Lediglich, wenn sich neue Tatsachen ergeben, kann eine neue Beurteilung erforderlich sein. In anderen Worten

¹ vgl. Bettermann, Die Verpflichtungsklage nach der Bundesverwaltungsgerichtsordnung, NJW 60, 649 (654); Eyermann-Fröhler, VwGO, § 113 Rdn. 62b; BVerwG, Urteil v. 18.8.60 -I C 42.59- = BVerwGE 11, 95 (98).

heißt das, daß die Sache noch nicht spruchreif ist, aber nicht, weil die Entscheidung im Ermessen der Behörde liegt, sondern weil noch nicht alle entscheidungserheblichen Tatsachen aufgeklärt sind.

Das Gericht hätte hier, notfalls im Wege einer weiteren Beweisaufnahme, seiner Aufklärungspflicht nachkommen müssen,¹ um dann zu einer abschließenden Entscheidung zu kommen. Es ist jedoch unzulässig, den Ablehnungsbescheid schon deshalb, weil die von der Behörde geltend gemachten Gründe nicht hinreichend sind, in der Art einer Zurückverweisung ohne eigene Aufklärung aufzuheben und der Behörde die Prüfung etwaiger weiterer Gründe zu überlassen.²

Das VG Augsburg geht diesen Weg ersichtlich auch nur, weil es sich durch die These des BVerfG vom "Beurteilungsspielraum" der Einstellungsbehörde daran gehindert sieht, "sein Urteil an dasjenige der Einstellungsbehörde zu setzen."

Die im besprochenen Urteil aufgefundenen Widersprüche und Unklarheiten treten auch in anderen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte auf. So formuliert das OVG Münster, nachdem es zunächst einen "Beurteilungsspielraum" der Einstellungsbehörde anerkannt hat:

"Dieses vom Beklagten prognostisch abgegebene Urteil ist hinreichend fundiert und wird durch die Einlassung und das Verhalten des Klägers bestätigt.." ³

1 vgl. BVerwG, Urteil v. 4.3.60 -I C 43.59- = BVerwGE 10, 202 (204).

2 BVerwG, ebenda; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 113 Rdn. 62.

3 OVG Münster, Urteil v. 24.3.76 -VI A 1334/73- = NJW 76, 1859.

Auch hier ergibt sich also, daß das Gericht die Grundlagen des Urteils voll nachprüft und durch eigene Feststellungen untermauert. Noch klarer wird diese Vorgehensweise in einer Entscheidung des VGH München, in der ausgeführt wird:

"Das Gericht kann nicht die angegriffene Beurteilung des Dienstherrn durch eine eigene Beurteilung ersetzen und infolgedessen den Beklagten in aller Regel nicht zur Einstellung des Klägers in den öffentlichen Dienst verpflichten. Gleichwohl ist...die begehrte einstweilige Anordnung zu erlassen, denn die Regierung hat den beamteten und verfassungsrechtlichen Rahmen, in dem sie sich frei bewegen kann, hier verkannt. Die festgestellten Verhaltensweisen rechtfertigen die geltend gemachten Zweifel daran, daß der Antragsteller die (erforderliche) Gewähr biete, ...nicht."

Im Prinzip liegt hier dieselbe Konstellation zugrunde, wie in der Entscheidung des VG Augsburg: Die vorgetragenen Gründe der Einstellungsbehörde reichen nach Auffassung des Gerichts nicht aus. Der VGH München denkt nun ebenso wenig wie das VG Augsburg daran, daraus die Konsequenz zu ziehen, daß der einstellende Beamte sich vielleicht aufgrund des persönlichen Eindrucks vom Bewerber zur Ablehnung veranlaßt sah. Das Gericht hält im Gegenteil bei dieser Sachlage eine Verpflichtung der Behörde zur Einstellung sogar im Eilverfahren für gegeben. In dieser Konsequenz ist die Auffassung des BVerwG, daß "der Dienstherr im Rechtsstreit unterliegen muß, wenn es nicht gelingt, Umstände..festzustellen, aus denen sich hinreichende Zweifel (an der Gewähr) herleiten lassen"², in vollem Umfang bestätigt.

1 VGH München, Beschluß v. 31.3.76 -Nr. 301 III 75- = NJW 76, 1858.

2 BVerwG, Urteil v. 29.6.76 -II C 68/73- =NJW 76, 1135 (1137).

Der VGH Mannheim nimmt in zwei Entscheidungen sogar die Interpretation der "Gewähr-biete-Formel" durch das BVerwG wörtlich in die Urteilsbegründung auf und stellt diese Ausführungen der These des BVerfG vom "Beurteilungsspielraum" voran, ohne auf die Widersprüche zwischen diesen beiden Argumentationsweisen einzugehen.¹

Das Gericht fährt dann in seiner Entscheidung fort:

"In den der gerichtlichen Kontrolle danach unzugänglichen Beurteilungsspielraum fällt lediglich die Beurteilung der Einstellungsbehörde, ob der Bewerber die..geforderte Gewähr bietet. Geht die Behörde bei ihrem Urteil..davon aus, eine politische Partei verfolge verfassungsfeindliche Ziele, so liegt dem zwar auch eine Beurteilung zugrunde, für die der Behörde jedoch kein Beurteilungsspielraum zur Verfügung steht, die vielmehr zu den gerichtlich voll überprüfbaren Voraussetzungen gehört, auf denen das Urteil..beruht... Da die Beurteilungsgrundlage der angefochtenen Entscheidung diese allein zu tragen vermag, kann (eine weitere Begründung)..dahingestellt bleiben."²

Die hier klarer als im Urteil des VG Augsburg zum Ausdruck kommende Differenzierung zwischen der Beurteilung über die Gewähr, die unkontrollierbar sein soll, und den voll überprüfbaren Beurteilungsgrundlagen, ist - wie schon oben angedeutet - mit den Ausführungen des BVerfG nicht zu vereinbaren. Denn nach den Erwägungen des BVerfG ist Grundlage des Urteils über die Gewähr des Bewerbers für Verfassungstreue gerade nicht dessen Parteimitgliedschaft oder andere Feststellungen, sondern der persönliche Eindruck des einstellenden Beamten. Und dieser persönliche Eindruck, auf dem das Urteil basiert, soll dann wegen seines prognostischen Charakters nicht überprüfbar sein. Durch den Kunstgriff, nicht den persönlichen Eindruck als Urteilsgrundlage zu bezeichnen, sondern die Feststellungen, die über den Bewerber und seine Parteimitgliedschaft vorliegen, umgeht der

1 VGH Mannheim, Urteil v. 29.6.76 -IV 911/74- und Urteil v. 17.8.76 -IV 352/76- = NJW 77, 971.

2 VGH Mannheim, Urteil v. 17.8.76 -IV 352/76- = NJW 77, 971.

VGH Mannheim das Problem des "Beurteilungsspielraums" und kommt wieder zu einer vollen Überprüfung.

Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang die Formulierung, daß lediglich die Beurteilung über die geforderte Gewähr unkontrollierbar sei, bildet doch diese Beurteilung nach Auffassung des BVerfG die Basis der Entscheidung über die Einstellung.

Die Tatsache, daß der persönliche Eindruck des einstellenden Beamten wiederum von Faktoren wie der Mitgliedschaft in "verfassungsfeindlichen" Parteien oder ähnlichem abhängig ist, ist nach der Argumentation des BVerfG "lediglich" als "Feststellung von Beurteilungselementen" bedeutsam, kann aber das prognostische Urteil über die Persönlichkeit des Bewerbers nicht ersetzen.

Der Vergleich dessen, was vom VGH Mannheim mit dem Verdikt "lediglich" versehen wird und dessen, was das BVerfG mit diesem Ausdruck abtut, erhellt die unterschiedliche Einschätzung der Gerichte.

Während das BVerfG die Fragen der Parteimitgliedschaft und ähnlicher Feststellungen als letztlich nicht determinierend für die Einstellungsentscheidung ansieht, geht der VGH Mannheim konträr dazu davon aus, daß die Tragfähigkeit dieser Entscheidung von den getroffenen Feststellungen abhängig ist.

Daß die Rechtsprechung eine freie Beurteilung der Einstellungsbehörde über die Persönlichkeit des Bewerbers nicht anerkennt, wird auch in zwei Entscheidungen des VG Münster deutlich. In einer der beiden heißt es:

"Die danach zu treffende Entscheidung der Einstellungsbehörde ist, sofern sie zu Ungunsten

des Bewerbers ausfällt, zu begründen. Ist "nur" ein persönlicher Eindruck maßgebend - auch davon kann das Urteil über die Persönlichkeit des Bewerbers abhängen -, so sind die Umstände mitzuteilen, auf die die Ablehnung gestützt wird."

Und in der anderen führt das Gericht aus:

"Freilich ist dafür Sorge zu tragen, daß der Beurteilungsspielraum auf das Maß des Unumgänglichen eingegrenzt wird. Die Möglichkeiten des Bürgers, sich gegen Entscheidungen der Behörde zur Wehr zu setzen, sie überprüfen zu lassen, darf nicht weiter als unbedingt nötig durch die Einführung gerichtsfreier Beurteilungsspielräume eingeschränkt werden... Besondere Bedeutung gewinnt dabei die Frage der Vollständigkeit des der behördlichen Entscheidung zugrundegelegten Sachverhalts..und dessen richtige Gewichtung.."

Aus diesen Formulierungen geht hervor, daß das Gericht von der Pflicht der Einstellungsbehörde ausgeht, ihr Urteil über die Persönlichkeit des Bewerbers zu begründen und mit Tatsachen zu belegen. Im zweiten Urteil wird darüberhinaus sogar noch die "richtige Gewichtung" des Sachverhalts gefordert, also auch die Urteilsfindung der Behörde der gerichtlichen Kontrolle unterworfen. In beiden Fällen kam das Gericht zu Bescheidungsurteilen, eine Konsequenz, die bereits oben bei der Besprechung der Entscheidung des VG Augsburg abgelehnt worden ist.

In diesen Urteilen wird die These des BVerfG vom "Beurteilungsspielraum" der Einstellungsbehörde noch verbal akzeptiert, obwohl die Kritik an der Entscheidung und der Einführung eines gerichtsfreien Raumes nicht zu übersehen ist und eine Nichteinstellung aufgrund des persönlichen Eindrucks (die nach dem BVerfG durchaus möglich

1 VG Münster, Urteil v. 11.8.76 -4 K 889/75-

2 VG Münster, Urteil v. 18.6.76 -4 K 98/76-

sein müßte) durch die Forderung, daß dann die maßgeblichen Umstände mitzuteilen seien, faktisch negiert wird.

Diese kritische Einschätzung setzt sich schließlich ganz offen in Entscheidungen des VG Berlin und des VG München fort, in denen nunmehr wieder ausdrücklich die Argumentation des BVerwG aufgenommen und als methodischer Ansatz gebraucht wird. Es ist nur folgerichtig, daß in beiden Urteilen die Einstellungsbehörde voll unterliegt und zur Einstellung des Bewerbers verpflichtet wird. Die entscheidenden Sätze im Urteil des VG Berlin lauten:

"Die vom BVerfG der Behörde zugebilligte Beurteilungsermächtigung kann sich daher nur darauf erstrecken, daß die Behörde Wertungen über die Persönlichkeit des Bewerbers in ihre Entscheidung einbezieht, zu denen sie aufgrund eigener Erfahrungen und Beobachtungen..gelangt ist. Derartige Wertungen hat der Beklagte jedoch seiner Ablehnung nicht zugrundegelegt, sondern diese auf Umstände gestützt, die ihm durch die Staatsschutzbehörden zur Kenntnis gebracht worden sind. Für die Würdigung solcher Erkenntnisse besteht aus den dargelegten Gründen kein Beurteilungsspielraum...

Die Vermutung (der Verfassungstreue) kann nur durch nachgewiesene und verwertbare Tatsachen, die zu berechtigten Zweifeln Anlaß geben, entkräftet werden...

Da die für eine Übernahme der Klägerin in das Beamtenverhältnis erforderlichen weiteren Voraussetzungen von dem Beklagten bereits geprüft und..bejaht wurden.., konnte die beehrte Verpflichtung ausgesprochen werden."

Ist hier bereits die Formel des BVerwG in die Begründung einbezogen, so wird das VG München in der Distanzierung vom BVerfG noch deutlicher, wenn es nach Zitierung der einschlägigen Passage

1 VG Berlin, Urteil v. 25.8.76 -VII A 194.75- = ZBR 76, 341.

des "Radikalen-Beschlusses" fortfährt:

"Diese Ausführungen erscheinen nicht unmißverständlich... Die vom BVerwG getroffene Feststellung, daß "Gewähr bieten" das Fehlen von Zweifeln an der Verfassungstreue des Bewerbers bedeutet..., wird hierdurch jedoch nicht berührt... Ebenso wenig tangieren die Ausführungen des BVerfG zur materiellen Beweislast bei der Eignung die Feststellung des BVerwG, daß der Dienstherr im Rechtsstreit unterliegen muß, wenn es nicht gelingt, Umstände darzutun und festzustellen, aus denen sich hinreichende Zweifel daran herleiten lassen, daß der Bewerber die Gewähr für Verfassungstreue nicht bietet... Der unbestimmte Rechtsbegriff "Gewähr für Verfassungstreue" ist an sich gerichtlich voll überprüfbar. Die Bejahung oder Verneinung dieses Merkmals der persönlichen Eignung kann (Hervorhebung im Original) jedoch von einer Vorfrage, einem Faktor abhängen, bei dessen Beurteilung und Wertung die Behörde einen Beurteilungsspielraum hat... Der Beschluß des BVerfG widerspricht dem nicht. Soweit (Hervorhebung im Original) der der Behörde.. zustehende Beurteilungsspielraum reicht, ist die.. Nachprüfung beschränkt. Das Gericht hatte der Klage im Hauptantrag stattzugeben. Die in die Kompetenz des Gerichts fallenden Feststellungen und Überlegungen ermöglichen eine abschließende Entscheidung über das Klagebegehren (Spruchreife i.S.d. § 113 Abs. 4 S. 1 VwGO). Die Entscheidung hängt nicht von Fragen ab, bezüglich derer der Verwaltung Ermessen oder ein Beurteilungsspielraum zusteht."

Das Gericht lehnt also in der zentralen Frage, ob der Bewerber die Gewähr für Verfassungstreue bietet, einen "Beurteilungsspielraum" der Einstellungsbehörde im Gegensatz zum BVerfG ab und bezieht sich nur noch auf die Maßstäbe des BVerwG. Der Hinweis auf die "Vorfragen", von denen die Entscheidung abhängen "könne" und für die ein "Beurteilungsspielraum" bestehe, bleibt ohne nähere Erläuterung und ist auch im Rahmen der Begründung ohne Konsequenzen. Hier handelt es sich lediglich um den Versuch, eine völlige Ablehnung der Thesen des BVerfG zu umgehen.

1 VG München, Urteil v. 13.10.76 -Nr. M 27 V 76-
= ZBR 77, 69.

Interessant ist schließlich noch, daß sich das Gericht die argumentative Schwäche des "Radikalen-Beschlusses" zunutze macht, indem es aus dem Zitat: "Soweit der..Beurteilungsspielraum..danach reicht" den Schluß zieht, daß dieser Freiraum wohl auch sehr eng sein könne. Für die Auffassung, das Gericht könne sein Urteil nicht an dasjenige der Einstellungsbehörde setzen, bleibt in der Entscheidung des VG München allerdings kein Raum mehr.

Damit ist der "Radikalen-Beschluß" des BVerfG in den hier entscheidenden Punkten obsolet geworden, die Rechtsprechung zu den vorher gefundenen Maßstäben zur gerichtlichen Überprüfung von Ablehnungsbescheiden nun auch ausdrücklich zurückgeht. In Wirklichkeit ist sie trotz anderslautender Formulierungen jedoch zu keinem Zeitpunkt von diesen Kontrollkriterien abgerückt.

E. Einige Konsequenzen für die vorliegende Problematik

Die Rezeption des "Radikalen-Beschlusses" in der Verwaltungsrechtsprechung zeigt, daß die These des BVerfG über den "Beurteilungsspielraum" der Einstellungsbehörde nicht akzeptiert worden ist. Hier wird auch deutlich dokumentiert, wie die Gerichte mit dogmatisch unklaren, in der jeweiligen Fallgruppe nur schwer anwendbaren und ihnen nur durch die Obergerichte aufgezwungenen Rechtsfiguren umgehen: Sie versuchen, diese Rechtsfiguren in ihr jeweiliges Begründungsschema einzubauen, ohne sich in ihrer eigentlichen Begründung allzu-

sehr einschränken zu lassen.¹

Im hier vorliegenden Problemkreis führt dies zwar zu rechtsstaatlich befriedigenden Ergebnissen bezüglich der Intensität des Rechtsschutzes, dieser Vorgang sollte jedoch Anlaß sein, die Grundannahmen der Lehre vom "Beurteilungsspielraum" auf ihre Tragfähigkeit und Handhabbarkeit hin zu analysieren. Eine solche Untersuchung hätte anzusetzen bei der rechtsstaatlichen, methodischen und dogmatischen Problematik, die sich aus der Anerkennung von gerichtsfreien "Beurteilungsspielräumen" ergibt. Sie hätte danach zu fragen, ob diese Rechtsfigur überhaupt den Erfordernissen des gerichtlichen Rechtsschutzes gerecht werden kann. Zu problematisieren wäre dabei auch das Verhältnis zwischen "Beurteilungsspielraum" und Rechtsfolgeermessen.

Letztlich sollte nach den Konsequenzen für den Rechtsschutz bei der Einstellung von "Radikalen" in den öffentlichen Dienst gefragt werden, die sich aus der Untersuchung ergeben.

1 vgl. zu dieser Vorgehensweise Rupp, Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit, NJW 69, 1273; v. Olshausen, Beurteilungsspielraum der Verwaltung und Rationalität der Rechtsanwendung, JuS 73, 217 (219).

2. Teil: Die Problematik des "Beurteilungsspielraumes" im Verwaltungsrecht

Bei der Beschäftigung mit der Problematik des "Beurteilungsspielraums" stößt man recht schnell auf das Phänomen, daß fast alle Autoren mit "griffigen" Formulierungen zur Erhellung ihrer Thesen (z.B. das Gericht soll nicht das problematische Urteil der Verwaltung durch ein eigenes, ebenso problematisches Urteil ersetzen dürfen)¹ schnell zur Hand sind, die rechtstheoretischen und rechtsdogmatischen Ansätze, von denen diese Thesen ihren Ausgang nehmen, jedoch weitgehend ungeklärt bleiben.

So wird dieser Problembereich von völlig unterschiedlichen Ausgangspositionen her angegangen, ohne daß über die Vorgehensweise Rechenschaft abgelegt wird.

Einerseits nimmt die Betrachtung ihren Ausgang bei der Figur des unbestimmten Rechtsbegriffs (oder Gesetzesbegriffs)², andererseits bei dem Verhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, letztlich bei den Problemen der Gesetzesauslegung und des Gesetzesvollzugs.

1 vgl. Jarosch, Die Prüfung unbestimmter Rechtsbegriffe., DVBl 54, 521 (525) bis hin zu Stüer, Zum autonomen Gestaltungsraum., DVBl 74, 314; Ule Verwaltungsprozeßrecht, S. 10.

2 In der Terminologie dieser Untersuchung werden die Bezeichnungen "unbestimmter Begriff", "unbestimmter Gesetzesbegriff" und "unbestimmter Rechtsbegriff" gleichgesetzt. Der Sache nach handelt es sich immer um "unbestimmte" Begriffe im Tatbestand einer Norm, so daß der terminologische Streit um den unbestimmten "Rechts"- oder "Gesetzes"begriff überflüssig erscheint; vgl. dazu Kellner, Der sog. Beurteilungsspielraum., NJW 66, 857 FN 1 einerseits und Wolff-Bachof, VerwR I, § 31 I c andererseits.

In dieser unüberschaubaren Problemlage, die in letzter Zeit durch das alleinige Abstellen auf das "Recht zur letztverbindlichen Entscheidung"¹ nach Art des gordischen Knotens zu beheben versucht worden ist, sind wesentliche Grundlagenprobleme bisher nicht hinreichend erörtert worden.

Hierhin gehört vor allem die Frage, wo das Problem des Beurteilungsspielraums überhaupt dogmatisch anzusiedeln ist. Handelt es sich um einen aus der Struktur der Gesetze und ihrer Vollziehung folgenden Freiraum der Verwaltung oder um eine Rechtsfigur des Prozeßrechts? Ergibt sich die Einschränkung aus tatsächlichen Gründen, wie der "Grenze der Mitteilbarkeit" bzw. der Unmöglichkeit der Sachverhaltsermittlung, oder folgt sie aus einer Ermächtigung an die Verwaltung? Beruht die Einräumung eines Beurteilungsspielraums auf der rechtstheoretischen Erkenntnis, daß das Recht nicht nur eine "richtige" Entscheidung zulasse?

Waren diese Fragen schon seit Entstehen der Lehre vom Beurteilungsspielraum, die vor allem auf Bachof und Ule zurückgeht, nicht überzeugend beantwortet, so sind durch neuere Entwicklungen in der Verwaltungsrechtslehre auch die scheinbar gesicherten Grundannahmen dieser Thesen zunehmend in Zweifel gezogen worden. Die isolierte Betrachtung des unbestimmten Rechtsbegriffs und des "Beurteilungsspielraums" wurde im Zuge dieses Diskussionsprozesses wieder aufgegeben und unter Einbeziehung der Ermessensproblematik der Schwerpunkt der Argumentation auf die Verwaltungsantwortung gelegt.

1 vgl. dazu Ossenbühl, Vom unbestimmten Gesetzesbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung, DVBl 74, 309.

Auf diesem Weg kam die deutsche Verwaltungsrechtslehre in jüngster Zeit zu Ergebnissen, die in veränderter Form auf die Dogmatik des 19. Jahrhunderts und frühen 20. Jahrhunderts zurückgehen und letztlich wieder zu einem freien Gestaltungsraum der Verwaltung, der durch Gesetze lediglich beschränkt sein soll, zurückführen.

Schon aus diesem kursorischen Überblick, der im einzelnen noch auszuführen sein wird, ergibt sich, daß im Zusammenhang mit dem Problemkreis des "Beurteilungsspielraums" zu Recht von einer unüberschaubaren Problemlage gesprochen wird.¹

Es soll deshalb versucht werden, die verschiedenen möglichen dogmatischen Standorte eines "Beurteilungsspielraums" der Verwaltung herauszuarbeiten. In Betracht kommen hier der Raum der Rechtsanwendung (der Gesetzesvollziehung durch die Verwaltung) und der Raum der gerichtlichen Kontrolle (des Prozeßrechts). Von dieser Differenzierung ausgehend, sollen die grundlegenden Voraussetzungen, die ein Einräumen von Freiräumen der Verwaltung ermöglichen könnten, beschrieben werden.

Ziel der Untersuchung wird es insoweit sein, strukturelle Merkmale und Annahmen herauszufinden, die für die Lehre vom "Beurteilungsspielraum" der Verwaltung - jenseits ihrer Begrifflichkeit und ihrer unterschiedlichen Ausprägung im einzelnen - kennzeichnend sind.

1 vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 281.

A. Die Lehre vom "Beurteilungsspielraum"

Die Einordnung der Problematik des "Beurteilungsspielraums" in den Bereich der Rechtsanwendung (der Gesetzesvollziehung) wird in der verwaltungsrechtlichen Literatur kaum thematisiert,¹ sondern unreflektiert vorausgesetzt. Durch diese Vorgehensweise kommt es im allgemeinen zu einer Vermischung der Frage nach der gerichtlichen Kontrollsdichte mit der Frage des Entstehens von Entscheidungsfreiräumen der Verwaltung durch die Eigenart und Struktur des materiellen Rechts und seiner Vollziehung.

Beide Komplexe werden unter dem terminologischen Gesichtspunkt des "Beurteilungsspielraums" zusammengefaßt und abgehandelt.²

Die grundlegenden rechtstheoretischen und rechtsmethodischen Annahmen, die zu einer Rechtfertigung des "Beurteilungsspielraums" führen können, treten so weitgehend hinter die Erörterung zurück, unter welchen Voraussetzungen ein "Beurteilungsspielraum" anzuerkennen ist und wie die Zuständigkeiten zwischen der Verwaltung und den Gerichten abzugrenzen sind.³

1 Als Problem taucht diese Frage lediglich in einer Kontroverse zwischen Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 218 und Kellner, Der sog. Beurteilungsspielraum..., NJW 66, 857 (862) auf; vgl. auch Schmidt-Salzer, Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, S. 42ff und Soell, Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, S. 102 (letzterer in Bezug auf das Ermessen).

2 vgl. dazu beispielhaft Obermayer, Die Beurteilungsfreiheit der Verwaltung, BayVBl 75, 257; Wolff-Bachof, VerwR I, § 31 I.

3 vgl. Ossenbühl, Vom unbestimmten Gesetzesbegriff..., DVBl 74, 309.

Das rechtsmethodische Problem, wie Freiräume der Verwaltung aus der Gesetzesvollziehung zu begründen sind, wird demgegenüber lediglich unter der Frage angesprochen, ob diese Freiräume bereits bei der Auslegung des Gesetzes entstehen, oder erst für die Rechtsanwendung eingeräumt werden können.¹

Diese Fragestellung ist jedoch logisch nachrangig gegenüber der Frage, ob überhaupt aus dem materiellen Recht ein "Beurteilungsspielraum" der Verwaltung herzuleiten ist.² Im folgenden sollen deshalb die Hauptgedanken der Lehre vom "Beurteilungsspielraum" vor allem unter dem Aspekt dargestellt werden, aus welchen materiell-rechtlichen Grundlagen dieser Freiraum abgeleitet wird, bevor nach der Vereinbarkeit dieser Lehre mit prozeßrechtlichen und verfassungsrechtlichen Grundsätzen gefragt wird. Die Beschreibung beschränkt sich insoweit zunächst auf die bis zum Anfang der 70er Jahre als gesichert anerkannten Erkenntnisse und Auffassungen, die durchweg den "Beurteilungsspielraum" auf die Tatbestandsseite der Norm beschränken und in Gegensatz zum Handlungsermessen auf der Rechtsfolgeseite bringen.

I. Die verschiedenen Ansätze zur Begründung dieser Lehre

Die Lehre vom "Beurteilungsspielraum" ist in ihren wesentlichen Grundzügen in den 50er Jahren

1 vgl. Bachof, Beurteilungsspielraum., JZ 55, 97 (98); Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen, AÖR 82 (1957), 163ff; aus neuerer Zeit W. Schmidt, Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, S. 121ff; Weigel, Beurteilungsspielraum oder Delegationsbegriff, S. 168; Redeker, Anm. zu BVerwG, Urteil v. 21.1.72, DVBl 72, 896.

2 so auch Schmidt-Salzer, Beurteilungsspielraum., S. 42.

entwickelt worden, wobei Abhandlungen von Bachof,¹ Ule² und Jesch³ die zentralen Aussagen mit je verschiedenen Begründungen formulierten.

Sie wurde ergänzt und modifiziert durch Kellner⁴ und Wolff⁵, die im Rahmen der vorgegebenen Ergebnisse zu wesentlichen differenzierenden Begründungen beitrugen.

Es erscheint daher angebracht, die Lehre vom "Beurteilungsspielraum" anhand der Darstellungen dieser Autoren zu beschreiben.

1. Die Begründung durch Bachof

Bachof führte Mitte der 50er Jahre den Begriff des "Beurteilungsspielraums" in die verwaltungsrechtliche Diskussion ein.⁶

Er gebraucht diesen Begriff in der Abgrenzung zu Vorstellungen, die der Verwaltung hinsichtlich der Beurteilung der Voraussetzung ihres Handelns ein "kognitives Ermessen", "Urteilsermessen" oder auch "Beurteilungsermessen"⁷ zusprechen wollten.

1 Bachof, Beurteilungsspielraum..., JZ 55, 97ff.

2 Ule, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 309ff.

3 Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff..., AÖR 82 (1957), 163ff.

4 Kellner, Der sog. Beurteilungsspielraum..., NJW 66, 857.

5 Wolff, VerwR I, § 31 mit weiteren Differenzierungen ab der 6. Auflage.

6 Bachof, Beurteilungsspielraum..., JZ 55, 97.

7 Vor allem die Rechtsprechung war stark von dieser Terminologie geprägt, vgl. nur BVerwG, Urteil v. 10.3.1954 -I C 5153- = DÖV 54, 532.

Dieser Nomenklatur gegenüber, die nach Auffassung Bachofs zu einer Verwischung der verschiedenen Voraussetzungen behördlichen Handelns führen mußte, besteht dieser darauf, daß auf der Tatbestandsseite einer Norm der Begriff des "Ermessens" einen "Sprachmißbrauch" darstellt.¹

Es handele sich nämlich bei der Handhabung des Handlungsermessens (=Rechtsfolgeermessen) um eine Willensentscheidung, während "die Beurteilung des Sachverhalts hinsichtlich seiner Subsumierung unter einen gesetzlichen Tatbestand ein Erkenntnisakt" sei.²

Daraus folgert Bachof, daß die "übliche Definition des Ermessens als 'Wahl zwischen mehreren rechtlich möglichen Verhaltensweisen' gar nicht auf den Beurteilungsspielraum (passe)"³, denn im Bereich der Subsumtion ergebe sich ein "gewisser Spielraum" der Verwaltung als "Folge" der verschiedenen Beurteilungsmöglichkeiten.⁴

Die Verschiedenheit der Beurteilungsmöglichkeiten ergibt sich nach Bachof aus der Unbestimmtheit eines im Tatbestand einer Norm verwendeten Rechtsbegriffs.

Diese Unbestimmtheit hat nun allerdings nicht zur Folge, daß der Begriff mehrere - rechtlich gleichwertige - Auslegungen zulasse. Die Auslegung sei vielmehr eine uneingeschränkter richterlicher

1 vgl. die Kontroverse zwischen Klein, Ermessen und Sprachgebrauch, JZ 56, 588 und Bachof, JZ 56, 590; s. auch Bachof, Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum, JZ 72, 641 (642).

2 Bachof, Beurteilungsspielraum.., JZ 55, 97 (98).

3 ebd.

4 ebd.

Nachprüfung zugängliche Rechtsfrage, da der Sinngehalt eines unbestimmten Rechtsbegriffs mit den "üblichen Methoden juristischer Interpretation" ermittelt werden könne.¹

Ebenso seien die Tatsachen, die die Behörde ihrer Sachverhaltsbeurteilung zugrunde lege, aufgrund der freien Beweiswürdigung durch das Gericht uneingeschränkt zu ermitteln.

In scharfer Abgrenzung zur Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs - der Interpretation - und zur Ermittlung der entscheidungsrelevanten Tatsachen sieht Bachof den Vorgang der Anwendung des unbestimmten Begriffs auf den konkreten Sachverhalt, also die Subsumtion.²

Aus dieser Unterscheidung ergibt sich ein Bild des Prozesses der Rechtsanwendung, das sich in drei strikt voneinander unterschiedene Phasen teilen läßt.

Rechtsanwendung stellt sich hier dar als Interpretation des gesetzlichen Begriffs, Ermittlung der entscheidungserheblichen Tatsachen und schließlich Anwendung des Begriffs auf die ermittelten Tatsachen. Jeder dieser Schritte ist vom anderen getrennt und vollzieht sich in Unabhängigkeit von den jeweils anderen Operationen. Diese - hier nur zu beschreibende - Vorstellung von Rechtsanwendung entspricht der herrschenden Auffassung vom juristischen Syllogismus, d.h. der Verknüpfung von Sachverhalt und Gesetzesnorm durch den logi-

1 vgl. dazu Bachof, Anmerkung zu BVerwG, Urteil v. 11.10.56, DVBl 57, 788.

2 Bachof, Beurteilungsspielraum., JZ 55, 97 (99); etwas abschwächend allerdings in der Anmerkung DVBl 57, 788 (790).

schen Schluß der Subsumtion.¹

Im Bereich der Subsumtion sieht Bachof nun den Ansatz für die Einräumung eines unüberprüfbaren Beurteilungsspielraums der gesetzessanwendenden Behörde.

Er leitet die Einräumung eines Spielraums bei der Rechtsanwendung aus einer Analyse der unbestimmten Rechtsbegriffe ab, die er in "Wertbegriffe"² und "Erfahrungsbegriffe"³ unterteilt. Für den Komplex der Wertbegriffe wendet sich Bachof zunächst gegen die These, daß es bei der Subsumtion solcher Begriffe nur eine "richtige" Lösung gebe, um dann fortzufahren: "Sollte man aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber einen..auf subjektive Wertvorstellungen gegründeten Begriff verwendet, nicht schließen können, ja geradezu müssen, daß der gesetzessanwendenden Behörde hier ein gewisser Spielraum eigener Beurteilung überlassen werden sollte? Eine volle gerichtliche Überprüfung der 'richtigen' Beurteilung könnte hier nur zu dem Erfolg führen, daß das überprüfende Gericht...seine nicht weniger subjektiven Wertvorstellungen an die Stelle derjenigen der Behörde...setzen müßte..."⁴

1 vgl. Schneider, Der mögliche Einfluß von Soziologie und Psychologie auf den Entscheidungsvorgang des Richters, DRiZ 75, 265 (267); Larenz, Methodenlehre., S. 255; dagegen Fr. Müller, Juristische Methodik, S. 116; Schroth in Kaufmann/Hassemer, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, S. 196.

2 Das sind nach Bachof Begriffe, die eine Beurteilung nach Wertvorstellungen erfordern, etwa "anständige Baugesinnung", vgl. JZ 55, 97 (99).

3 Hierunter sind Begriffe zu verstehen, die anhand von objektiven Erfahrungen der Behörde auszufüllen sind, etwa "Verkehrsfährdung"; vgl. Bachof, JZ 66, 443.

4 Bachof, Beurteilungsspielraum., JZ 55, 97 (99).

Aus dieser Argumentation zieht Bachof den Schluß, daß der Gesetzgeber mit der Verwendung eines unbestimmten Wertbegriffs regelmäßig der Behörde einen Beurteilungsspielraum eingeräumt habe.¹

Anders stellt sich nach der Einschätzung Bachofs die Situation in jenen Gesetzen dar, in denen der Gesetzgeber im Tatbestand einer Norm Erfahrungsbegriffe verwendet hat.

Hier sei vom Gesetzgeber eine Lösung als "richtig" angesehen worden, die anhand von Erfahrungstat-sachen objektiv entscheidbar sei.²

Aus der Struktur dieser Begriffe sei demnach ein Beurteilungsspielraum der Behörde theoretisch nicht ableitbar, wohl aber aus praktischen Erwägungen, wenn eine einwandfreie Entscheidung nicht oder nur schwer möglich sei. In solchen Fällen müsse die Verantwortung der Behörde und ihre größere Sachnähe für das Gericht Anlaß sein, die Behördenentscheidung zu akzeptieren und nicht seine eigene Beurteilung an deren Stelle zu setzen.³

"Je geringer (dabei) die (nicht theoretisch-abstrakte, sondern) praktisch konkrete Möglichkeit eindeutiger Beurteilung des einem unbestimmten Erfahrungsbegriff unterfallenden Sachverhalts einerseits, je größer die Verantwortung der entscheidenden Behörde andererseits ist, um so eher wird man geneigt sein dürfen, einen solchen Beurteilungsspielraum zu bejahen."⁴

1 Bachof, Anmerkung zu BVerwG, Urteil v. 16.12.71, JZ 72, 208.

2 vgl. Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, Bd. II, S. 260f.

3 ebd.

4 Bachof, Beurteilungsspielraum., JZ 55, 97 (100).

An der Differenzierung zwischen Wertbegriffen und Erfahrungsbegriffen mit den unterschiedlichen Konsequenzen für den "Beurteilungsspielraum" der Verwaltung zeigt sich, daß sich für Bachof die Einräumung von Entscheidungsfreiräumen der Behörde nicht prinzipiell aus der Eigenart des unbestimmten Rechtsbegriffs ergibt, sondern aus einer Mischung von einerseits praktischen Erfordernissen und andererseits einer Interpretation des gesetzgeberischen Willens, falls dieser im Tatbestand von Normen Wertbegriffe verwendet.

Im Vordergrund der Betrachtung steht somit nicht die rechtstheoretische Problematik des "Beurteilungsspielraums", sondern das Bedürfnis, praktische Probleme der Rechtsanwendung in einer verwaltungsrechtlichen Rechtsfigur zu erfassen.¹

2. Die Begründung durch Ule

Die Argumentation Ule's nimmt ihren Ausgangspunkt am Wesen des "normativen Begriffs"², den er wie Bachof scharf von einer Ermessenseinräumung unterscheidet.

Die normativen Begriffe sind weder mit den unbestimmten noch mit den wertbezogenen Begriffen gleichzusetzen, denn die meisten Begriffe sind mehr oder weniger unbestimmt und in ihren Grenzen und ihrem Umfang mit einem Unsicherheitskoeffi-

1 vgl. Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 335: "Und gerade die Erwägungen von Bachof und Ule legen davon Zeugnis ab, daß die beiden Schöpfer der heute anerkannten Lehre in erster Linie pragmatisch und weniger dogmatisch gedacht haben."

2 Ule, Unbestimmte Rechtsbegriffe..., Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 319.

zienten behaftet,¹ wogegen sich die normativen Begriffe dadurch auszeichnen, daß sie noch der Ausfüllung durch eine subjektive, außerrechtliche Wertung des Rechtsanwenders bedürfen.

Bei dieser subjektiven Wertung ist allerdings nicht das subjektive Wertwissen des Individuums maßgebend, sondern eine "irgendwie vorgegebene Normen- und Werteordnung", bzw. die "Gesinnung der Rechtsgemeinschaft."²

Diese richtige Wertung ist jedoch nicht einfach vorgezeichnet, sondern muß in einem schöpferischen Akt gesucht werden, so daß in einer solchen Beurteilung ein irrationaler Faktor, ein Spielraum, innerhalb dessen verschiedene Möglichkeiten richterlicher Entscheidung denkbar sind, verbleibt.³

Vor dem Hintergrund dieser allgemeinen rechtstheoretischen Erwägungen stellt sich für Ule die Frage, ob im Verwaltungsrecht "die gesetzesanwendende Stelle auf ihr vorgegebene Wertungen zurückzugreifen oder eigene Wertungen vorzunehmen hat."⁴

In der Beantwortung dieser Frage wendet er sich zunächst gegen die Auffassung, daß die Verwaltung auf objektive Wertungen (etwa: "gesellschaftliche Anschauungen", "Wertvorstellungen der Rechtsgemeinschaft") zurückgehen könne und müsse und hält ihr entgegen, daß es bei der Anwendung normativer Begriffe letztlich doch immer auf eine "Eigenwertung"⁵ des Gesetzesanwenders ankomme.

1 a.a.O., S. 321.

2 a.a.O., S. 322.

3 ebd., vgl. auch Ule, VerwProzeßR, S. 9.

4 Ule, Unbestimmte Rechtsbegriffe., Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 322.

5 a.a.O., S. 324.

Dies ergebe sich aus der "praktisch nicht auszuschließenden Mehrdeutigkeit normativer Begriffe"¹ und der mit diesen Begriffen wesensmäßig verbundenen Subjektivität und Irrationalität des Urteilsaktes.

In dieser Eigenwertung der Verwaltung sieht Ule nun den Grund, warum die Verwaltung mit den Verwaltungsgerichten in Streit geraten sei: "Die Verwaltung kann es nicht verstehen, daß sie dort, wo sie eigene Werturteile fällt, 'Eigenwertungen' vollzieht, wo sie - ähnlich wie bei der Betätigung des Ermessens² - 'schöpferisch' tätig wird, von einem Gericht korrigiert werden kann."³

Diese "Empfindung" hält Ule nur unter der Voraussetzung für unberechtigt, daß die Verwaltung im Bereich der normativen Begriffe absolut gebunden sei.

In Wahrheit sei sie jedoch nicht absolut gebunden, sondern lediglich "relativ" gebunden und "relativ" frei.⁴

Sie sei gebunden, weil sie sich von dem Bestreben leiten lassen müsse, "eine Wertung (basierend auf gesellschaftlichen, kulturellen oder wirtschaftlichen Wertmaßstäben) vorzunehmen, die jede andere Behörde in der gleichen Lage auch vollziehen würde."⁵ Sie sei "relativ" frei in "Grenz-

1 ebd.

2 Ule geht davon aus, daß der unbestimmte Rechtsbegriff "den theoretischen Gegensatz zwischen rechtlicher Gebundenheit und Freiheit bei Ermessensentscheidungen..auflockert", VerwProzeßR, S. 13.

3 Ule, Unbestimmte Rechtsbegriffe., Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 324.

4 ebd.

5 ebd.

fällen"¹, in denen eine verschiedene Beurteilung möglich sei.

Hieran schließt Ule die Frage, ob das Verwaltungsgericht in solchen Grenzfällen seine Beurteilung des Sachverhalts zur allein maßgeblichen erklären kann.

Aus dieser hier ausführlich referierten Argumentation wird ersichtlich, daß sich für Ule aus der Struktur der normativen Begriffe lediglich eine relative Freiheit des Gesetzesanwenders in Grenzfällen herleiten läßt.

Die Frage der Überprüfbarkeit der Entscheidung der gesetzesanwendenden Stelle ist damit noch nicht beantwortet, sondern durch die rechtstheoretische Einsicht, daß der Gesetzesanwendungsprozeß in Grenzfällen von Eigenwertungen des Anwenders beeinflußt ist, überhaupt erst gestellt.

Nur vor dem Hintergrund einer solchen Freiheit, die als Gegensatz einerseits zum logischen Subsumtionsschluß und andererseits zur Bindung an objektive Wertvorstellungen gesehen wird, kommt das Problem einer eingeschränkten Überprüfung durch das Verwaltungsgericht überhaupt in den Blick.

Den eigentlichen Grund für eine solche Einschränkung entwickelt Ule dann in einem Vergleich zwischen Zivil- bzw. Strafrecht einerseits und Verwaltungsrecht andererseits.

So habe etwa im Zivilrecht keine der Parteien die Möglichkeit, ihre Auffassung über die Bedeutung eines unbestimmten Rechtsbegriffs durchzusetzen, so daß die Entscheidung über diesen Streit in der Hand des Gerichts läge.

1 a.a.O., S. 325; vgl auch Ule, VerwProzeßR, S. 9.

Anders im Verwaltungsrecht: Die Verwaltungsbehörde habe durchaus die Möglichkeit, einen Verwaltungsakt gegen die Auffassung des Betroffenen durchzusetzen, unabhängig davon, ob sie in der Auslegung und Anwendung eines Rechtssatzes geirrt habe.

Erst im Verwaltungsprozeß würden die ungleichen Partner auf die gleiche Ebene geführt.¹

Dabei gerate das Verwaltungsgericht in die Gefahr, den Sachverhalt (den es in vollem Umfang nachprüfen kann) anders zu würdigen, als die Verwaltungsbehörde.

Diese werde jedoch "weniger geneigt sein," dem Verwaltungsgericht über diese Frage ein besseres Urteil zuzusprechen, als sich selbst.

Die Rechtfertigung für diese mangelnde "Neigung" der Verwaltungsbehörde sieht Ule darin, daß diese "im Gegensatz zu den grundsätzlich nicht sachverständigen Parteien des Zivilprozesses...in der Regel selbst sachverständig"² sei.

Aus diesen Gründen folgert Ule, daß das Verwaltungsgericht "in der Beurteilung der Tatumstände... im Zweifel der Auffassung der Verwaltungsbehörde folgen (sollte), wenn diese Auffassung auf Grund des festgestellten Sachverhalts vertretbar sei... Dem Verwaltungsgericht sollte es verwehrt sein, in solchen Grenzfällen ein eigenes Werturteil an die Stelle des Urteils der Verwaltungsbehörde zu setzen."³

1 Ule, Unbestimmte Rechtsbegriffe..., Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 325.

2 a.a.O., S. 326.

3 ebd.

Diese später als "Vertretbarkeitstheorie"¹ bezeichnete Lehre Ule's beruht also entgegen dem ersten Anschein nicht unmittelbar auf dem Wesen der normativen Begriffe, sondern hat das Vorliegen eines solchen Begriffs nur zur Voraussetzung, um eine Einschränkung der gerichtlichen Prüfungsbefugnis legitimieren zu können.

Der eigentliche Grund für die Einschränkung ist der Sachverstand der Verwaltungsbehörde, der in Bereichen der "Eigenwertung" nicht von dem Gericht durch ein eigenes Urteil ersetzt werden könne.²

Trotz der starken Betonung der Eigenart der normativen Begriffe läßt sich demnach aus dieser Auffassung letztlich nicht ein Entscheidungsfreiraum der Verwaltung herleiten, der aus dem Wesen dieser Begriffe folgt.

Die Begründung ist vielmehr eher pragmatischer Natur, indem sie auf die (angeblich) unterschiedliche Rollenverteilung im Zivil- und Verwaltungsprozeß und die herausgehobene Stellung der Verwaltung verweist.

1 Ule wählt diese Bezeichnung selbst nicht, vgl. Unbestimmte Begriffe und Ermessen im Umweltschutzrecht, DVBl 73, 756; VerwProzeßR, S. 9: "die sog. Vertretbarkeitstheorie".

2 Diese Unterscheidung wird so gut wie nicht gesehen; aus ihr folgt jedoch, daß das häufig gegen die Vertretbarkeitstheorie vorgebrachte Argument, aus der Unbestimmtheit eines Begriffs könne nicht auf das Recht zur Letzterkenntnis geschlossen werden, ins Leere läuft; vgl. zu diesem Argument Schmidt-Salzer, Der Beurteilungsspielraum..., S. 46; Rupp, Grundfragen..., S. 213f.

3. Die Begründung durch Jesch

Jesch setzt sich zunächst kritisch mit den Ausführungen Ule's und Bachofs auseinander, um dann die rechtstheoretische Problematik des "Beurteilungsspielraums" in den Blick zu nehmen. ·

Er sieht das Problem in "der begrenzten Auflösungsfähigkeit einiger Rechtsbegriffe, die man als unbestimmte Begriffe bezeichne."¹

Da die unbestimmten Begriffe nur zu einem Teil in Faktenbegriffe aufgelöst werden könnten, seien auch die tatsächlichen Feststellungen darauf beschränkt, "die Existenz jener Tatsachen nachzuweisen, die in diesen Faktenbegriffen beschrieben sind."²

Es bliebe aber ein Rest "nichtmitteilbarer Imponderabilien"³, die von der Behörde nur noch unter einer rechtlichen Qualifikation (etwa, daß eine "Gefahr" bestehe, ein "öffentliches Interesse" vorliege) zusammengefaßt werden könnten.

Nach Jesch ist es also denkbar, daß die Behörde dem Gericht nicht alle Fakten mitteilen kann, die für ihre Entscheidung maßgebend waren.

Dies könne der Fall sein, wenn die Behörde ihre Ansicht aus einem bestimmten "Erfahrungsschatz"⁴ schöpfe, der sich aus zahlreichen Tatsachen ergebe.

Die Wertung der Behörde würde dann nur vor dem Geflecht dieser Einzeltatsachen verständlich, so daß es dem Gericht aus praktischen Gründen versagt

1 Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff..., AÖR 82 (1957), 163 (230).

2 ebd.

3 a.a.O., S. 231.

4 a.a.O., S. 232.

sein könne, diese Erfahrung nachzuvollziehen und zur Grundlage seiner Entscheidung zu machen. In solchen Fällen könne das Gericht den unbestimmten Begriff nicht vollständig in Faktenbegriffe auflösen und müsse sich mit dem summarischen Urteil der Behörde begnügen.¹

Ein "Beurteilungsspielraum" kann also nach Jesch nur unter zwei Bedingungen eingeräumt werden: "Die tatsächlichen Feststellungen (der Verwaltungsbehörde) müssen erkennen lassen, daß sie den Rechtsbegriff weitestgehend in beschreibende Fakten- und Erfahrungsbegriffe aufgelöst hat und ihre Subsumtion muß als zutreffend erscheinen, wenn man unterstellt, daß weitere nicht mitgeteilte und praktisch nicht oder nur sehr schwer mitteilbare Gründe die Entscheidung tragen."²

Auch hier ergibt sich, daß aus der rechtstheoretischen Struktur der unbestimmten Rechtsbegriffe und den daraus resultierenden Interpretationsproblemen keine Antwort auf die Frage nach der Überprüfbarkeit der Verwaltungsentscheidung folgt.

Die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wird von Jesch als in rechtstheoretischer Hinsicht in vollem Umfang nachprüfbar bezeichnet.³

Gerade darin sieht Jesch den Unterschied zwischen der Kontrolle der Subsumtion von Rechtsbegriffen und der Kontrolle der Ermessensbetätigung.

Der "Beurteilungsspielraum" wird demgegenüber als ein rein praktisches Problem der begrenzten Mit-

1 vgl. die Anklänge dazu bei Wolff-Bachof, VerwR I, § 31 I c.

2 Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff., S. 232.

3 a.a.O., S. 237.

teilbarkeit bestimmter Tatsachen und Erfahrungen begriffen.

Im Unterschied zu Ule und Bachof hält Jesch es daher für unzulässig, der Behörde einen "Beurteilungsspielraum" einzuräumen, wenn der Sachverhalt abschließend und vollständig festgestellt ist.

4. Die Begründung durch Kellner

Ebenso wie Jesch lehnt Kellner die Begründung Ule's und Bachofs für die Einräumung eines "Beurteilungsspielraums" ab, akzeptiert jedoch auch nicht die These Jesch's, der Richter könne in Grenzfällen nicht zu besseren Erkenntnissen kommen als die Verwaltung.¹

Vielmehr geht er für den Normalfall davon aus, daß der Richter in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht die Behördenentscheidung vollständig überprüfen könne und wegen Art. 19 IV GG auch müsse.²

In starker Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerwG stellt er dann jedoch eine Reihe von Möglichkeiten auf, in denen er einen "Beurteilungsspielraum" der Verwaltungsbehörde akzeptieren würde.

Alle diese Fälle seien dadurch gekennzeichnet, "daß die maßgebenden materiellen Rechtsnormen als höchstpersönliche Ermächtigung einer ganz bestimmten, ihrer Art nach dazu gleichsam prädestinierten behördlichen Stelle begriffen werden könnten, verbindliche Qualifizierungen vorzunehmen."³

1 Kellner, Zum Beurteilungsspielraum, DÖV 62, 572 (575).

2 ebd.

3 Kellner, Der sog. Beurteilungsspielraum., NJW 66, 857 (859).

So soll etwa die Rechtsfolge, daß eine Prüfung für bestanden zu erklären ist, nicht aus der objektiven Qualifikation des Prüflings erfolgen, sondern aus der "sachgerechten Qualifizierung"¹ durch die Prüfungskommission.

Bei einer solchen in die Norm hineingelesenen "Beurteilungsermächtigung" (diesen Ausdruck gebraucht Kellner anstelle des Begriffs "Beurteilungsspielraum") ergibt sich zwangsläufig das Problem, wirkliche Ermächtigungsnormen von bloßen Zuständigkeitsnormen abzugrenzen, denn die Ermächtigung ist als Ausnahme von der Regel voller Überprüfbarkeit gedacht.

Für diese Abgrenzung führt Kellner einige Anhaltspunkte ein, die ersichtlich von der Praxis der Rechtsprechung, den "Beurteilungsspielraum" der Behörde auf Prüfungsentscheidungen, prüfungsähnliche Entscheidungen und Beurteilungen einzugrenzen,² beeinflusst ist, andererseits aber dieser Praxis auch die theoretische Grundlage verschafft.

Als Anhaltspunkte kommen danach vor allem in Betracht,³ daß

- es sich um wertende Entscheidungen in Bereichen handelt, in denen Menschen über Eigenschaften und Leistungen von Menschen zu urteilen haben,

1 ebd.

2 vgl. nur BVerwG, Urteil v. 24.4.59 -VII C 104.58- =BVerwGE 8, 272; BVerwG, Beschluß v. 19.7.74 -VII B 77.73- = BayVBl 74, 592 mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung des BVerwG; OVG Münster, Urteil v. 13.7.65 -II A 1243/64- = OVGE 21, 288; VGH Kassel, Urteil v. 13.1.70 -I O E 68/68- = NJW 70, 1061 mit Anmerkung Sommer, NJW 70, 1061f.

3 vgl. Kellner, Zum Beurteilungsspielraum, DÖV 62, 572 (576f).

- die angewandte Beurteilungsmethode die denkbar beste Gewährleistung für ein richtiges Urteil bietet,
- die Übertragung der Entscheidungsbefugnis auf ein Gremium gerade der Gewährleistung der richtigen Entscheidung dient und letztlich, daß
- die Entscheidung in Zusammenhang mit einem besonderen Gewaltverhältnis steht.

Mit diesem Kriterienkatalog versucht Kellner die Ableitung einer Beurteilungsermächtigung aus dem materiellen Recht auf bestimmte Gebiete zu beschränken und dadurch zu legitimieren.

Der Gedanke der Ermächtigung findet danach also inhaltlich nur seine Rechtfertigung durch die Beschränkung auf in besonderer Weise qualifizierte Gebiete und ist keinesfalls als eine Wesenseigentümlichkeit etwa des unbestimmten Gesetzesbegriffs, wie etwa bei Ule oder Bachof angedeutet wurde, aufzufassen.¹

Kellner setzt sich neben den Erwägungen über die Beurteilungsermächtigung mit der Kritik an der Trennung von Tatbestand und Rechtsfolge (mit der Folge der Unterscheidung von Beurteilungsspielraum und Ermessen) auseinander und entwickelt daran die wesentlichen Gedanken der sog. "Faktorenlehre."²

1 vgl. die scharfe Kritik, die Kellner an einer Herleitung des Beurteilungsspielraums aus dem Wesen des unbestimmten Rechtsbegriffs übt, DÖV 62, 572 (574); allerdings wird auch hier der oben gemachte Unterschied zwischen den Voraussetzungen eines Beurteilungsspielraums und den Gründen für dessen Einräumung nicht gesehen.

2 Der Begriff wird zum ersten Mal in Kellner, Einiges zum behördlichen Ermessen, DÖV 69, 309 (310) erwähnt.

Dabei geht er von dem Gegensatz der freien Verwaltungsplanung im Ermessensbereich (Planungsermessen) und der vollen Überprüfung der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe aus.

Gegenüber der Besorgnis, durch die volle Kontrolle der rechtsanwendenden Behörde werde deren Gestaltungsmöglichkeit eingeschränkt, hebt er hervor, daß die gerichtliche Vollprüfung und die Respektierung des Planungsermessens nicht im Widerspruch zu stehen brauchten.

Die volle Kontrolle nötige das Gericht zwar, "sich vom Vorhandensein oder Nichtvorhandensein aller Faktoren zu überzeugen, die für die Konkretisierung des Begriffs im Einzelfall Bedeutung zu erlangen vermögen. Vielfach aber sind einzelne dieser Faktoren von der Verwaltung selbst gesetzt worden und zwar legitimerweise im Rahmen ihres gestaltenden Ermessens."¹

Es sei also möglich, daß die Behörde durch ihr Planungsermessen die durch einen unbestimmten Rechtsbegriff bezeichneten tatbestandlichen Voraussetzungen einer Maßnahme entscheidend geprägt habe, was das Gericht zu konstatieren, dann aber zu respektieren und seinem Urteil zugrunde zu legen habe.

Kellner geht demnach von zwei unterschiedlichen Begründungsmöglichkeiten einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle aus.

Einmal sei eine Beurteilungsermächtigung in bestimmten Bereichen des materiellen Rechts aus der Verwendung eines unbestimmten Begriffs zu entnehmen und zum anderen sei es denkbar, daß die

¹ Kellner, Der sog. Beurteilungsspielraum., NJW 66, 863.

Behörde die prägenden Merkmale eines unbestimmten Rechtsbegriffs selbst durch ihr Planungsermessen beeinflusst und damit das Gericht gebunden habe.

Der Sache nach handelt es sich bei beiden Begründungen um Auslegungstheorien: Im ersten Fall schränkt das Gericht durch eine bestimmte Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs seine eigene Kontrollkompetenz ein, im zweiten Fall ist die Auslegung des Begriffs durch die von der Behörde geschaffenen Faktoren dem Gericht quasi vorgegeben.

5. Die Begründung durch Wolff

Wolff stellt an den Anfang seiner Erwägungen das Verhältnis von Freiheit und Gebundenheit bei der Rechtsanwendung. Er unterscheidet dabei zwischen der gesetzlich bestimmt gebundenen Verwaltung und der gestaltenden Verwaltung als Gegenpolen, zwischen denen die nur unbestimmt gebundene, die durch Sollvorschriften gebundene und die Ermessensverwaltung stünden.¹

Im Bereich der bestimmt gebundenen Verwaltung unterstehen nach Wolff die Auslegung des Begriffs, die Ermittlung des Sachverhalts sowie die Subsumtion des Sachverhalts unter den Rechtssatz dem Ideal objektiver Richtigkeit und damit - als Rechtsfragen - uneingeschränkter richterlicher Kontrolle.

Anders im Bereich der Gebundenheit an unbestimmte Gesetzesbegriffe. Hier soll die Verwaltung lediglich bei der Auslegung des unbestimmten Begriffs,

¹ Wolff-Bachof, VerwR I, § 31 I.

die abstrakt vorzunehmen sei, und bei der Ermittlung der vorliegenden Tatsachen uneingeschränkt überprüfbar sein. Umstritten sei jedoch, inwieweit die Gerichte die Anwendung eines unbestimmten Gesetzesbegriffs auf den konkreten Sachverhalt nachzuprüfen berechtigt seien.

Wolff beschränkt dann die Möglichkeit nur eingeschränkter Überprüfung auf den Bereich der "Typenbegriffe"¹, die dadurch gekennzeichnet seien, daß ihr Inhalt nur einen Tatsachen-, Inhalt- oder Wertbereich bestimme, nicht aber die Gegenstände dieses Bereiches.

Nach einer zusammenfassenden Darstellung der zum Problem des "Beurteilungsspielraums" vertretenen Auffassungen begründet Wolff die von ihm so bezeichnete "Einschätzungsprärogative"² der Behörde, an die das Gericht gebunden sei. Er geht davon aus, daß "jede verwaltungsgerichtliche Entscheidung von der des Verwaltungsorgans auszugehen habe, um deretwillen das Gericht angerufen worden sei, und in erster Linie prüfen werde, ob sie nach Meinung des Gerichts rechtmäßig begründet sei."³

Eine eigene Anwendung des Typenbegriffs komme für das Gericht erst in Frage, wenn die Begründung der Behörde einen Rechts- oder Tatsachenirrtum erkennen lasse. Nun sei es jedoch möglich, daß das Gericht die "Gründe der verwaltungsbehördlichen Maßnahme nicht selbständig nachzuvollziehen, deshalb auch nicht zu widerlegen und also insoweit nicht zu überprüfen"⁴ in der Lage sei.

1 a.a.O., § 31 I c 3 a; vgl. zu dem Unterschied zwischen "Begriff" und "Typus" auch Larenz, Methodenlehre., S. 200f.

2 a.a.O., § 31 I c 4.

3 ebd.

4 ebd.

Dies sei dann der Fall, wenn ein Sachverhalt nicht diskursiv begründbar, sondern nur schätzungsweise unter einen bestimmten Gesetzesbegriff subsumierbar sei oder wenn das Gesetz auf ungesicherte außerrechtliche Maßstäbe, insbesondere auf die Einschätzung zukünftiger Entwicklungen verweise.¹

Die Fallgruppen, in denen eine solche Einschätzungsprärogative anerkannt werden kann, entsprechen den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien.

Die Einräumung einer Einschätzungsprärogative ist bei Wolff - ähnlich wie bei Jesch - also begründbar durch die Unmöglichkeit der Mitteilung bestimmter Entscheidungskriterien und damit durch den Vorrang des Sachverstands der Behörde.

II. Zusammenfassende Auswertung der dargestellten Meinungen

In einer zusammenfassenden Auswertung der dargestellten Meinungen läßt sich zunächst eine grundlegende Verschiedenheit zwischen der Begründung Kellners für die Einräumung eines Beurteilungsspielraums (von der auch die Rechtsprechung geprägt ist) und der Argumentation der übrigen Vertreter dieser Lehre feststellen.

Für Kellner liegt der Kerngedanke einer eingeschränkten Überprüfung nicht in sachlogischen Strukturen des Rechts oder faktischen Grenzen der Mitteilbarkeit von Entscheidungsgrundlagen, sondern in einer Ermächtigung an den Rechtswender, die in bestimmten Bereichen in das Gesetz

1 insoweit ähnlich wie Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff..., AöR 82 (1957), 163 (232).

hineingelesen werden kann.¹

Dieser Ermächtigungsgedanke bedarf deshalb einer besonderen Überprüfung.

Die wohl wichtigste Erkenntnis aus der Analyse der übrigen Begründungen für die eingeschränkte Überprüfung der Gesetzesanwendung durch die Verwaltung ist, daß eine solche Einschränkung durchgängig nicht unmittelbar aus dem Wesen der unbestimmten Begriffe abgeleitet wird², sondern daß die Verwendung unbestimmter Begriffe in einer Norm lediglich die Voraussetzung, nicht aber der Grund für einen "Beurteilungsspielraum" der Behörde ist.

Eine Kritik an der Lehre vom "Beurteilungsspielraum" müßte demnach ansetzen bei den Voraussetzungen (die vor allem rechtstheoretischer und rechtsmethodischer Natur sind), auf denen diese Lehre beruht und erst dann die Tragfähigkeit der Gründe für die Einräumung eines Entscheidungsfreiraumes der Verwaltung untersuchen, wobei hier die prozeßrechtliche Seite der Problematik zu würdigen sein wird.

1. Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Lehre vom "Beurteilungsspielraum"

Grundlegende Vorbedingung für die Lehre vom "Beurteilungsspielraum" ist eine Theorie der Rechts-

1 Anklänge dazu finden sich nur bei Bachof, Beurteilungsspielraum., JZ 55, 97 (100), wo aus der Verwendung unbestimmter Wertbegriffe der Schluß auf die Einräumung von Spielräumen gezogen wird.

2 vgl. aber Schmidt-Salzer, Beurteilungsspielraum., S. 43f; v. Olshausen, Beurteilungsspielraum und Rationalität., JuS 73, 217 (218); Erichsen, Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum, VerwArch 63 (1972), 337 (342).

anwendung, die von der Erkenntnis des Rechts in einem formallogischen Verfahren ausgeht, das streng zwischen Auslegung des unbestimmten Begriffs, Ermittlung des Sachverhalts und Anwendung des Begriffs auf den Sachverhalt unterscheidet.¹

Diese Rechtsanwendungstheorie impliziert die Notwendigkeit einer "richtigen", eindeutigen Entscheidung im Normalfall der Rechtsanwendung, die aus einem Erkenntnisakt folgt und frei von persönlichen Wertungen des Rechtsanwenders ist.

Des weiteren basiert die Lehre vom "Beurteilungsspielraum" auf einer Unterscheidung der im Gesetz verwendeten Begriffe in bestimmte Begriffe und unbestimmte Begriffe, wobei die letzteren sich wiederum in Erfahrungsbegriffe und Wertbegriffe (auch normative Begriffe und Typenbegriffe) unterteilen lassen.

In Überschneidung mit der vorausgesetzten Theorie der Rechtsanwendung wird zum dritten davon ausgegangen, daß volitive Elemente im Widerspruch zur Anwendung des Rechts stehen, die ein rein kognitives Verfahren, einen Erkenntnisakt darstellen.²

Aus dieser Unterscheidung folgt die Trennung von Tatbestand und Rechtsfolge, also die Unmöglichkeit einer Ermessenseinräumung auf der Tatbestandsseite einer Norm.

1 vgl. dazu die Nachweise oben 2. Teil A I 1.

2 Erstaunlich ist in dieser Beziehung die Auffassung Bachofs, der von einer theoretischen Überschneidung volitiver und kognitiver Elemente in der Rechtsfindung ausgeht, in der Einteilung von "Beurteilungsspielraum" und "Ermessen" aber trotzdem diese Unterscheidung verteidigt, vgl. Bachof, Ermessen und Sprachgebrauch, JZ 56, 590.

Letztlich hat die Einräumung eines "Beurteilungsspielraums" nach dieser Lehre zur Voraussetzung, daß der Gesetzesanwender bei unbestimmten Gesetzesbegriffen weniger gebunden ist, als bei der strikten Rechtsanwendung. Dieser größere Freiraum ergebe sich aus dem Erfordernis außerrechtlicher Wertungen bei der Anwendung unbestimmter Begriffe, die persönlichkeitsgebunden, ja teilweise höchstpersönlicher Natur seien. Im Gegensatz zur sonstigen Rechtsanwendung lägen hier Eigenwertungen vor, die auch von irrationalen Faktoren geprägt seien.

2. Die verfahrensrechtlichen Gründe für die Einräumung eines "Beurteilungsspielraums"

Die oben skizzierten Erwägungen bilden jedoch nicht den Grund für das Letzterkenntnisrecht der Behörde, sondern werfen lediglich die Frage auf, wer bei einer solchen atypischen Situation der Rechtsanwendung das Recht zur Letztentscheidung haben soll.

In der Beantwortung dieser Frage wird vor allem auf zwei Begründungsversuche abgestellt: Einerseits wird auf die Sachnähe und Sachkompetenz der Behörde verwiesen, die aufgrund ihrer täglichen Erfahrung und ihres fachspezifischen Wissens dem Richter überlegen sei. Dieser Sachverstand der Behörde soll auch der Grund für ihre Verantwortung für zukünftige Entwicklungsprognosen sein, die ihr vom Richter nicht genommen werden könne.

Zum anderen geht man davon aus, daß bestimmte Begründungen der Behörde faktisch vom Richter nicht mehr nachvollzogen werden können, weil sie auf

einem nicht mitteilbaren Erfahrungsschatz der Behörde beruhen.

In vielen Bereichen ist nach dieser These bei der Ausfüllung unbestimmter Begriffe letztlich nur noch ein summarisches, schätzungsweise abgegebenes Urteil möglich, das nicht mehr diskursiv begründbar ist.

Der zweite Grund für die Einräumung eines "Beurteilungsspielraums" liegt also in der tatsächlichen Unmöglichkeit, unbestimmte Begriffe soweit in Fakten aufzulösen, daß die Begründung für eine Entscheidung bis in letzte nachvollziehbar ist.

Diese Argumente sind im folgenden - sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen, als auch hinsichtlich der Gründe für einen "Beurteilungsspielraum" - zu untersuchen.

B. Die Kritik an der Lehre vom "Beurteilungsspielraum"

Die oben geschilderten Voraussetzungen für die Einräumung eines "Beurteilungsspielraums" der Verwaltungsbehörde sind vor allem rechtstheoretischer und rechtsmethodischer Natur. Sie basieren auf einem Verständnis von Rechtsanwendung, das näherer Untersuchung bedarf. In diesem Stadium der Untersuchung ist jedoch noch nicht die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Einräumung eines "Beurteilungsspielraums" gestellt, da die Verfassung nicht mehr gebieten oder verbieten kann, als rechtstheoretisch denkbar ist.¹

Die rechtstheoretische Frage nach der Struktur des Rechtsanwendungsprozesses ist also der verfassungs-

¹ vgl. W. Schmidt, Gesetzesvollziehung..., S. 136; Bachof, Beurteilungsspielraum..., JZ 55, 97 (100).

rechtlichen Frage nach der Zulässigkeit von Entscheidungsfreiräumen vorgelagert. Ergibt sich aus dem materiellen Recht selbst die rechtstheoretische Möglichkeit von unüberprüfbaren Entscheidungen, so hätte das Verfassungsrecht dies als rechtsimmanent hinzunehmen.¹

Anders stellt sich die Problemlage bei den referierten Gründen für die Entscheidungsfreiräume der Verwaltung dar. Zuvor kann auch hier aus dem Gesichtspunkt der faktischen Unmöglichkeit des Nachvollzugs bestimmter Behördenentscheidungen erwogen werden, ob der verfassungsrechtlichen Überprüfung schon aus der Natur der Sache Grenzen gesetzt sind, dennoch haben sich die insoweit vorgebrachten Argumente dem normativen Anspruch des Verfahrens- und Verfassungsrechts (etwa hinsichtlich des Umfangs der Begründungspflicht für Behördenentscheidungen) zu stellen.

Demgemäß wird der Schwerpunkt der Kritik an den Voraussetzungen der Einräumung eines "Beurteilungsspielraums" der Verwaltungsbehörde rechtsmethodischer Natur sein, während die einen solchen Freiraum der Verwaltung letztlich rechtfertigenden Gründe vor allem unter dem verfahrens- und verfassungsrechtlichen Aspekt zu untersuchen sind.

I. Die Kritik an den materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Lehre vom "Beurteilungsspielraum"

Sowohl in der strikten Trennung von Auslegung einer Norm, Ermittlung des normrelevanten Sachverhalts

¹ vgl. Schmidt-Salzer, Der Beurteilungsspielraum..., S. 51; BVerwG, Urteil v. 24.4.59 -VII C 104.58- = BVerwGE 8, 272 (274); Weigel, Beurteilungsspielraum..., S. 177.

und Anwendung der Norm auf den Sachverhalt als auch in der Vorstellung, daß jede dieser Operationen unabhängig von den anderen ablaufe, basiert die Lehre vom "Beurteilungsspielraum" auf einem Verständnis von Rechtsanwendung, das diese als einen formallogischen Erkenntnisakt ansieht, der im Regelfall ohne persönliche Wertung und Willensentscheidungen auskommt.

Vor dem Hintergrund dieses als "strikte Rechtsatzbindung des Rechtsanwenders" gekennzeichneten Rechtsfindungsverständnisses wird der Lehre vom "Beurteilungsspielraum" der unbestimmte Rechtsbegriff im Tatbestand einer Norm zum Problem, da hier weder logische (kognitive) Erkenntnis, noch objektive Richtigkeit der Entscheidung möglich zu sein scheinen.

Als Hauptelemente dieser Theorie der Rechtsanwendung lassen sich feststellen: die Trennung von abstrakter Normauslegung und konkreter Subsumtion im Einzelfall, die Vorstellung einer "richtigen" Erkenntnis des Rechts im Normalfall des Gesetzesvollzugs, die beim unbestimmten Rechtsbegriff wegen der persönlichen Wertung des Rechtsanwenders unmöglich sei, sowie der Gegensatz zwischen dem kognitiven Urteil und der volitiven Entscheidung.

1. Die Rechtsanwendung als formallogisches Erkenntnisverfahren

Sämtliche Vertreter der Lehre vom "Beurteilungsspielraum" der Verwaltung legen großen Wert darauf, daß im Bereich der Auslegung der unbestimmten Begriffe ein Vorbehalt der Verwaltung nicht anerkannt werden könne, da hier nur eine

Auslegung richtig sein könne, die vom Gericht letztverbindlich zu entscheiden sei. Ebenso wird ganz allgemein die vollständige Ermittlung des Sachverhalts durch das Gericht für unverzichtbar erachtet.¹

Die Möglichkeit eines "Beurteilungsspielraums" sei auf den Bereich der Anwendung des unbestimmten Begriffs auf den Lebenssachverhalt zu beschränken.

Es geht also um den Bereich der Subsumtion, deren Umfang, Abgrenzung und Bedeutung im Verhältnis zu den anderen Bereichen der Rechtsanwendung zunächst zu klären ist.

a) Rechtsanwendung als dreistufiges Verfahren

Herkömmlicherweise versteht man den Prozeß der Rechtsanwendung als ein dreistufiges Verfahren, in dem zunächst ein vollständiger Rechtssatz den Obersatz bildet, unter dessen Tatbestand ein konkreter Sachverhalt als "Fall" untergeordnet wird. Die Schlußfolge besagt, daß für diesen Sachverhalt die im Rechtssatz genannte Rechtsfolge gilt.²

Die Gewinnung des Untersatzes, also der Aussage, der Sachverhalt falle unter den Tatbestand, bezeichnet man als den Vorgang der Subsumtion, als deren Kern wiederum ein logischer Schluß angesehen wird. Das Schema dieses Schlusses läßt sich folgendermaßen darstellen:

1 Anklänge für eine andere Einschätzung insoweit nur bei Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff..., AÖR 82 (1957), 163ff.

2 vgl. Larenz, Methodenlehre..., S. 256; Zippelius, Einführung in die juristische Methodenlehre, S. 107.

Der Tatbestand ist gekennzeichnet durch bestimmte Merkmale.

Der Sachverhalt weist diese Merkmale auf.

Also fällt der Sachverhalt unter den Tatbestand.¹

b) Die mangelnde Aussagekraft dieses Schemas

Dieses einfache Schema der Gesetzesanwendung reicht jedoch nicht aus, um den Subsumtionsprozeß vollständig zu erklären und vor allem nicht, die mit ihm verbundenen Probleme aufzuhellen.

aa) Die Erfassung des Sachverhalts

Ein erstes Problem des Subsumtionsschlusses besteht darin, daß hier dem Anschein nach Fakten unter Begriffe subsumiert werden.

Dies ist jedoch logisch unmöglich, weil nur "Gleiches unter Gleiches", also unter einen Begriff nur wieder ein Begriff subsumiert werden kann.² Es ist demnach erforderlich, über den zu subsumierenden Sachverhalt Aussagen zu machen, um ihn dem Tatbestand der Norm zuordnen zu können.

Aus dem Lebenssachverhalt müssen also diejenigen Tatsachen ausgewählt werden, die geeignet sind, in einen Begriff umgedacht dem gesuchten Tatbestandsbegriff zu entsprechen.³

1 vgl. Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 69; Larenz, Methodenlehre., S. 257.

2 vgl. dazu Zippelius, Methodenlehre., S. 107f; W. Schmidt, Gesetzesvollziehung., S. 121;

3 W. Schmidt, ebd.

Um diese Eignung herauszufinden, muß der Sachverhalt zuvor auf das Vorliegen der betreffenden Merkmale hin beurteilt werden.

Der Lebenssachverhalt muß also "zubereitet" werden, um ihn dem Gesetzesbegriff unterordnen zu können.

In dieser "Würdigung des Sachverhalts"¹ durch zutreffende begriffliche Einstufung und Verwendung der Beurteilungsprädikate liegt der Schwerpunkt der Bildung des Untersatzes im syllogistischen Verfahren. Ein logisches Vorgehen ist insoweit aber nicht denkbar, vielmehr ist hier eine Wertung des Sachverhalts im Blick auf die anzuwendende Norm erforderlich.

Die Subsumtion setzt also eine Beurteilung des Sachverhalts voraus, die ihrerseits letztlich nicht mehr auf Schlüsse, sondern nur noch auf einfache Wahrnehmungs- und Erfahrungsurteile zurückgeht.²

bb) Die Bildung des Obersatzes

Ähnliche Probleme ergeben sich bei der Bildung des Obersatzes des Subsumtionsschlusses, also bei der Zubereitung des anzuwendenden Normtatbestandes.

In dieser Hinsicht geht die herrschende Methodenlehre, die der Lehre vom "Beurteilungsspielraum" zugrundeliegt, davon aus, daß auf der Seite der Norm die Tatbestandsmerkmale im Normalfall subsumtionsfähig bestimmt, mindestens aber mit Hilfe

1 Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 64.

2 Larenz, Methodenlehre..., S. 259.

der klassischen Auslegungsmethoden zu "erkennen" seien.¹

Demgegenüber wird zu Recht eingewandt, daß die für den Syllogismus maßgeblichen Begriffe zunächst durch den Rechtsanwender in Hinsicht auf die mit ihnen verbundenen Rechtsfolgen, aber auch mit Blick auf den vorliegenden Lebensvorgang aufbereitet und damit für die Konfrontation mit dem konkreten Fall vorbereitet werden müssen.²

Das Gesetz ist also für den Rechtsanwender nichts abstrakt vorgegebenes, das objektiv erkennbar ist, sondern die Auslegung des Gesetzes, die Gewinnung des Obersatzes, ist untrennbar verbunden mit der Würdigung des Sachverhalts einerseits und mit einem "Vorverständnis"³ der mit dem Gesetz verfolgten Ordnungsziele und -zwecke andererseits.⁴

Die Wertung des im Normtatbestand verwendeten Begriffs ist dem Rechtsanwender zwar in vielen Fällen durch juristische Doktrinen und eine ausgefeilte Kasuistik vorgegeben, so daß ein Großteil der Begriffe auch ohne reflektierte Auslegung nachvollziehbar ist, dennoch ist "kein einziges

1 vgl. Engisch, Einführung..., S. 5; Schneider, Der mögliche Einfluß von Soziologie und Psychologie auf den Entscheidungsvorgang des Richters, DRiZ 75, 265 (267): "Der Obersatz im Syllogismus ist für den Juristen das Gegebene, er legt es aus und korrigiert es dabei gegebenenfalls".

2 vgl. Esser, Vorverständnis..., S. 53; Hoffmann-Riem, Rechtsanwendung und Selektion, JZ 72, 297.

3 vgl. dazu Gadamer, Wahrheit und Methode, S. 314.

4 vgl. A. Kaufmann in Kaufmann/Hassemer, Rechtsphilosophie..., S. 290; Larenz, Methodenlehre..., S. 136; s. auch Bullinger, Unbestimmte Gesetzesbegriffe in der neueren deutschen und französischen Verwaltungsrechtsprechung, Festschrift für H. Jahrreiß, S. 23.

Tatbestandsmerkmal ohne Verständnis seiner Rolle als Kriterium gerechter Abwägung der Interessen im Sinne des spezifischen Normzwecks brauchbar oder auch nur verständlich."¹

Auch im Bereich des Obersatzes im Syllogismus ergibt sich somit, daß der Schwerpunkt der Tätigkeit des Rechtsanwenders nicht in einem formal-logischen Erkenntnisverfahren liegt, sondern in der Wertung und Gewichtung des Normtatbestandes im Hinblick auf den konkreten Fall und die Rechtsfolge der Norm.²

Die Einfachheit der Subsumtion erweist sich somit als Schein, denn Fragen der Subsumtion sind immer zunächst Fragen der Konstruktion der Prämissen durch Interessenbewertung.³

"Die Anwendung einer Norm verlangt, den zu beurteilenden Fall der Norm gemäß zu bewerten, anders ausgedrückt, die in der Norm enthaltene Wertung in der Beurteilung des Falles sinngemäß zum Tragen zu bringen."⁴

cc) "Subsumtion" als Verknüpfung erarbeiteter Prämissen

Insofern kann der Subsumtionsprozeß in seiner Bedeutung keineswegs als ein ausschließlich oder überwiegend logisches Verfahren begriffen werden.⁵

1 Esser, Vorverständnis..., S. 57; vgl. auch Hruschka, Rechtsanwendung als methodologisches Problem, ARSP 50 (1964), 485.

2 vgl. Czermak, Was ist Verwaltungsermessen?, DÖV 66, 750 (752).

3 vgl. Esser, Vorverständnis..., S. 57; kritisch Schwerdtner, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung - Ein Durchbruch zu Rationalitätsgarantien?, JuS 72, 357.

4 Larenz, Methodenlehre..., S. 193; vgl. auch Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 15.

5 vgl. A. Kaufmann, Freirechtsbewegung, lebendig oder tot?, JuS 65, 1 (7).

Im Gegenteil stellt dasjenige, was heute als Subsumtion bezeichnet und als Schwerpunkt der Rechtsanwendung gedacht ist, lediglich eine "Trivialität"¹ dar.

Rechtsverwirklichung ist demgegenüber in erster Linie nicht Subsumtion, sondern Assimilation: die Angleichung, das In-die-Entsprechung-Bringen von Sachverhalt und Norm.²

Statt von dem Vorgang der "Subsumtion", der lediglich die Verknüpfung erarbeiteter Prämissen darstellt, sollte man daher bei der Rechtsanwendung besser von der "Zuordnung des Sachverhalts zum Tatbestand einer Rechtsnorm"³ sprechen.

c) Der "Beurteilungsspielraum" als Auslegungsvorbehalt

Die Konsequenzen dieser Analyse des Prozesses der Rechtsanwendung für die Lehre vom "Beurteilungsspielraum" sind beträchtlich. Ist die Subsumtion lediglich die triviale Verknüpfung der im eigentlichen Rechtsfindungsprozeß gewonnenen

1 Zippelius, Methodenlehre., S. 106; vgl. auch Czermak, Zur Lehre vom gerichtsfreien Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, JuS 68, 399 (400); Hruschka, Rechtsanwendung., ARSP 50 (1964), S. 485: "Im Grunde wird aber bei der Rechtsanwendung überhaupt nicht subsumiert."

2 vgl. A. Kaufmann in Kaufmann/Hassemer, Rechtsphilosophie., S. 290; Hoffmann-Riem, Rechtsanwendung., JZ 72, 297; Gadamer, Wahrheit und Methode, S. 312 spricht von "Applikation".

3 Larenz, Methodenlehre., S. 259; vgl. auch Fr. Müller, Juristische Methodik, S. 115f; König, Erkenntnisinteressen der Verwaltungswissenschaft, S. 81, mit Bezug auf die Probleme, die sich aus einer solchen Auffassung für die Verwaltungsrechtslehre ergeben.

Prämissen, so kann sich der "Beurteilungsspielraum" der Verwaltungsbehörde entgegen der Behauptung seiner Verfechter nur auf eine dieser beiden Prämissen, nicht aber auf die Subsumtion beziehen.¹

In Betracht kommt hierfür nur die Bildung des Obersatzes, denn für die Lehre vom "Beurteilungsspielraum" maßgebend waren nicht Probleme bei der Ermittlung des Sachverhaltes, sondern die Probleme des unbestimmten Rechtsbegriffs im Tatbestand einer Norm.²

Der Sache nach handelt es sich demnach bei der Lehre vom "Beurteilungsspielraum" nicht um einen Subsumtionsvorbehalt, sondern um einen Auslegungsvorbehalt der Verwaltung für unbestimmte (normative) Rechtsbegriffe.³

2. Unbestimmter Rechtsbegriff, Wertung und "richtige" Entscheidung

Die Lehre vom "Beurteilungsspielraum" teilt die im Tatbestand von Normen verwendeten Begriffe in "bestimmte" und "unbestimmte" Rechtsbegriffe ein.

Die unbestimmten Rechtsbegriffe wiederum werden unterteilt in unbestimmte Erfahrungsbegriffe und unbestimmte Wertbegriffe.⁴

1 so auch W. Schmidt, Gesetzesvollziehung., S. 126; vgl. auch Korbmacher, Ermessen - Unbestimmter Rechtsbegriff - Beurteilungsspielraum, DÖV 65, 696 (699), der darauf hinweist, daß bei Aufrechterhaltung der These von der voll überprüfbaren Interpretation des Rechtsbegriffs für einen gerichtsfreien Bereich beim Vollzug der Subsumtion kein Raum sei.

2 vgl. Czermak, Zur Lehre., JuS 68, 399 (400).

3 vgl. W. Schmidt, Gesetzesvollziehung., S. 126.

4 Die Terminologie geht auf Bachof, Beurteilungsspielraum., JZ 55, 97 zurück, vgl. oben A I 1.

Das Kennzeichen der bestimmten Begriffe sei, daß es möglich sei, sie durch die vollständige Angabe der ihnen innewohnenden Merkmale eindeutig zu definieren.¹ Trotz etwaiger Subsumtionsschwierigkeiten wegen der Schwierigkeit der Tatsachenermittlung stünde Rechtsanwendung in diesem Bereich als ein formallogisches Erkenntnisverfahren unter dem Ideal objektiver Richtigkeit.²

Bei den unbestimmten Erfahrungsbegriffen seien zwar wegen der generalisierenden, vagen Fassung des Begriffs nicht alle ihn kennzeichnenden Merkmale angebar, trotzdem werde hier vom Gesetzgeber theoretisch nur eine Lösung als richtig betrachtet, die aus dem Gesetz und der zu dem Begriff vorliegenden Kasuistik zu ermitteln sei.³

Demgegenüber stelle sich bei den unbestimmten Wertbegriffen, die auch normative Begriffe⁴ oder Typenbegriffe⁵ genannt werden, die Situation anders dar. Solche Begriffe verwiesen auf außerrechtliche Wertungsmaßstäbe und bedürften somit der Ausfüllung durch normative Aspekte.

Hier sei der Rechtsanwender notwendig auf "Eigenwertungen"⁶ angewiesen, um diejenigen Kriterien herauszufinden, die geeignet seien, den Begriff in seinen problematischen Randzonen⁷ wertmäßig auszufüllen.

1 vgl. Larenz, Methodenlehre..., S. 194.

2 Wolff-Bachof, VerwR I, § 31 I b 1.

3 vgl. Bachof, a.a.O., S. 100; Ule, Unbestimmte Rechtsbegriffe..., Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 315.

4 Ule, a.a.O., S. 318.

5 Wolff, VerwR I, § 31 I c 3 a.

6 Ule, a.a.O., S. 321.

7 Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff..., AöR 82 (1957), 163 (186) spricht in diesem Zusammenhang von einem "Begriffshof" und einem "Begriffskern".

In diesen Fällen könne die Entscheidung demgemäß nicht als richtig oder falsch beurteilt werden, sondern hinge von der subjektiven Wertung des Rechtsanwenders ab.¹

Diese Thesen werfen zunächst die Frage auf, ob die grundlegende Begriffseinteilung tragfähig ist. Weiterhin ist zu klären, ob die Vorstellung, Wertungen des Rechtsanwenders seien nur im Bereich der unbestimmten normativen Begriffe denkbar, zu vertreten ist. Letztlich ist die Gegenüberstellung von richtiger (was wohl auch heißen soll: rationaler) Erkenntnis des Rechts und dem Element subjektiver Wertung zu kritisieren.

a) Die Einteilung der Begriffe

Die Entgegensetzung bestimmter und unbestimmter Begriffe ließe sich dann nicht halten, wenn sich erweisen würde, daß es Bestimmtheit i.S.v. Eindeutigkeit in der juristischen Begriffswelt nicht gibt.

Diesen Nachweis zu führen, kann nicht dadurch erreicht werden, daß man - wenn auch überzeugende - Beispiele ins Feld führt.²

So leuchtet es z.B. ein, daß der Begriff "rot", verwendet im Tatbestand einer Norm, durchaus nicht von der Evidenz ist, wie im täglichen Sprachgebrauch.

1 vgl. dazu auch Säcker, Die Konkretisierung vager Rechtssätze durch Rechtswissenschaft und Praxis, ARSP 58 (1972), 215 (222).

2 vgl. Zippelius, Methodenlehre., S. 55 für die Worte "Wald" und "Nachtzeit"; Fellner, Der unbestimmte Rechtsbegriff aus der Sicht der Verwaltung, DVBl 66, 161 (164).

Er kann in je verschiedenen Zusammenhängen (etwa als Verkehrssignal oder in Verbindung mit politischen Meinungsäußerungen) verschiedenartig zu würdigen sein.

Beispiele dieser Art ließen sich genügend finden, sie würden jedoch nicht hinreichend erklären, warum auch rechtstheoretisch die Vorstellung eines eindeutig bestimmten Begriffs nicht aufrechtzuhalten ist.

Der Grund dafür liegt darin, daß jeder in einer Rechtsnorm verwendete Begriff seinen Sinn und seine Verständnismöglichkeit aus dem diesem Gesetz zugrundeliegenden Regelungszweck erhält.¹

Es handelt sich immer um Rechtsbegriffe, die zwar, um auf die Wirklichkeit angewandt werden zu können, Ähnlichkeitsbeziehungen zur Allgemeinsprache haben müssen, ihren Sinn jedoch nur dem sie umgebenden rechtlichen Regelungszusammenhang verdanken.²

Der vermeintlich eigene Zeichenwert der Begriffe ist demnach abhängig von der Rückinformation aus dem vorgestellten und als befriedigend empfundenen gesetzlichen Ergebnis.³

Die prinzipielle Mehrdeutigkeit juristischer Begriffe ergibt sich also nicht aus der Schwierigkeit, Sprache eindeutig zu formulieren,⁴ sondern aus dem spezifischen Zusammenhang, in dem die

1 vgl. Neumann in Kaufmann/Hassemer, Rechtsphilosophie..., S. 179; Th. Heller, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, S. 93.

2 vgl. Esser, Vorverständnis..., S. 49.

3 vgl. Esser, Vorverständnis..., S. 41; s. auch Schneider, Die Gesetzmäßigkeit der Rechtsprechung, DÖV 75, 443 (446).

4 vgl. dazu Larenz, Methodenlehre..., S. 195; v. Olshausen, Beurteilungsspielraum und Rationalität..., JuS 73, 217 (219); H. und K. Clauss, Zum Begriff "eindeutig", JZ 61, 660ff.

Rechtssprache steht. Sie ist nicht aus sich heraus, aus ihrer Vergleichbarkeit mit der Realität verständlich, sondern nur aus dem mit ihr normativ verfolgten Zweck.¹

Dieser Regelungszweck, die ratio legis, kann aber gleichen Wörtern völlig verschiedene Bedeutungsinhalte beimessen, so daß die Frage der Eindeutigkeit und Bestimmbarkeit von Begriffen keine Frage der Erkenntnis mehr ist, sondern ein Problem der finalen Beurteilung des jeweiligen Begriffs.

Von daher ist eine Unterscheidung zwischen bestimmten und unbestimmten Begriffen nicht aufrechtzuerhalten.²

Aber auch die Einteilung der unbestimmten Begriffe in Erfahrungs- und Wertbegriffe³ wird vor dem Hintergrund dieser Erwägungen obsolet.

Erfahrungsbegriffe sind nur bei oberflächlicher Betrachtung deskriptiv, also auf Erkenntnis der Wirklichkeit gerichtet.⁴

Ihre normative Qualität erhalten sie dadurch, daß sie - als rechtliche Regelungen - auf die Beeinflussung von Handlungen gerichtet sind.⁵

Gleichartige Sachverhalte, die den Begriffsmerkmalen eines deskriptiven Begriffs unterfallen,

1 vgl. Zippelius, Methodenlehre..., S. 57.

2 im Ergebnis so auch Rupp, Grundfragen..., S. 217; A. Kaufmann, in Kaufmann/Hassemer, Rechtsphilosophie..., S. 292; W. Schmidt, Abschied vom "unbestimmten Rechtsbegriff", NJW 75, 1753 (1975); Geitmann, BVerfG und "offene Normen", S. 25; v. Olshausen, Beurteilungsspielraum und Rationalität..., JuS 73, 217 (219); Schweiger, Der "gebildete Durchschnittsmensch" und der unbestimmte Rechtsbegriff, DVBl 68, 481 (484).

3 wie sie etwa von Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 149 vorgenommen wird.

4 vgl. Esser, Vorverständnis..., S. 62.

5 vgl. Grüber, Zur Anwendbarkeit der Soziologie in der Jurisprudenz, JZ 74, 665 (666).

können also nach der Wertung, die diesem Begriff zugrundeliegt (oder vom Rechtsanwender im Hinblick auf den konkreten Fall zugrundegelegt wird), durchaus verschieden zu beurteilen sein.

Diese These läßt sich gut an dem polizeilichen Gefahrbegriff exemplifizieren,¹ der von Bachof als Beispiel für einen Erfahrungsbegriff eingebracht wurde.² Eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung wäre sicherlich gegeben, wenn Menschen in einem einsturzgefährdeten Haus leben, so daß eine Räumung berechtigt wäre. Würden sich in demselben Haus Abbrucharbeiter aufhalten, um das Haus einzureißen, so wäre aus dem Blickwinkel des Polizei- und Ordnungsrechts eine Gefahr nicht gegeben, weil dieser anscheinend deskriptive Begriff seinen Sinn nur aus dem normativen Zusammenhang mit den Begriffen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gewinnt.

Es ist deshalb von der Rechtstheorie anerkannt, daß jedes, auch ein scheinbar faktisches, Begriffsmerkmal eines Normtatbestandes wertend, also normativ zu verstehen ist.³

Ein Unterschied zwischen deskriptiven Erfahrungsbegriffen und normativen Begriffen ist demnach nicht mehr nachweisbar.

1 Beispiel bei Grüber, a.a.O., S. 666; s. dazu auch Ossenbühl, Der polizeiliche Ermessens- und Beurteilungsspielraum, DÖV 76, 463 (466).

2 Bachof, Beurteilungsspielraum., JZ 55, 97 (100); vgl. dazu auch Erichsen, Unbestimmter Rechtsbegriff., VerwArch 63 (1972), 337 (341).

3 vgl. Esser, Vorverständnis., S. 62; Grüber, Zur Anwendbarkeit., JZ 74, 665 (667); Th. Heller, Logik und Axiologie., S. 93; Neumann in Kaufmann/Hassemer, Rechtsphilosophie., S. 179 mit dem plastischen Beispiel für die Vermengung von Normativität und Faktizität, daß "ein 'gutes' Messer auch 'scharf' sein muß"; s. auch Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 216: "Naturalistische Begriffe erleiden also, wenn die Rechtswissenschaft sie übernimmt, eine teleologische Umformung."

b) Die Wertorientierung des Rechtsanwenders

Mit der Aufgabe der Vorstellung, daß die im Tatbestand von Normen verwendeten Begriffe sich nach dem Grad ihrer Bestimmtheit unterteilen ließen, ist jedoch noch nicht entschieden, inwieweit Wertungen des Rechtsanwenders den Konkretisierungsprozeß (in der herkömmlichen Terminologie: die Subsumtion) bestimmen.

Insoweit macht die Lehre vom "Beurteilungsspielraum" einen qualitativen Unterschied geltend zwischen der Rechtsanwendung im Normalfall und derjenigen bei der Ausfüllung unbestimmter Wertungsbegriffe, die nur noch oder zu Teilen von der persönlichkeitsgebundenen Eigenwertung der Verwaltung bestimmt sei.¹

Diese These ist nicht allein durch die Erkenntnis zu widerlegen, daß jede Rechtsanwendung eine Wertung bedeutet, denn das besagt noch nichts über die Wertungsmaßstäbe, die der Rechtsanwender zugrundelegt und die Intensität und Vorgeformtheit, mit der ihm diese Maßstäbe vorgegeben sind.

Es ist demnach auch vor dem Hintergrund dieser Erkenntnis möglich, qualitative Unterschiede bezüglich der Wertungsnotwendigkeit zu machen, die sich auf den Grad der im Gesetz bereits vollzogenen Wertung beziehen.

Zu fragen ist also, ob aus der unterschiedlichen Dichte des rechtlichen Entscheidungsprogramms² Folgerungen gezogen werden können, die eine besondere Behandlung des Rechtsanwendungsprozesses

1 vgl. die Nachweise 2. Teil A I.

2 vgl. dazu Krawietz, Was leistet Rechtsdogmatik in der richterlichen Entscheidungspraxis?, ÖstZÖR 23 (1972), S. 47.

im Bereich der wertausfüllungsbedürftigen, vom Gesetz bewußt nicht näher umschriebenen Maßstäbe rechtfertigen würden.

Dies bedingt die Frage nach der Relevanz der jeweils vorgegebenen gesetzlichen Wertungen für den Rechtsanwender, sowie nach dem Grad an Rationalität, der in den jeweils verschiedenen Wertungen noch zu verwirklichen ist.

aa) Die unterschiedlichen Wertungsvorgaben des Gesetzes

Die Einsicht, daß jede Rechtsanwendung auch eine Wertung des Gesetzeszweckes verlangt, sagt noch nichts aus über das Ausmaß an Subjektivität und eigener Wertung des Rechtsanwenders.

In dieser Hinsicht ist zunächst festzustellen, daß die Gesetzesanwendung in der alltäglichen Rechtspraxis weitgehend frei von subjektiven Wertungen abzulaufen scheint.¹

Dieser praktische Befund wird bestätigt durch die Tatsache, daß weite Bereiche des Gesetzessystems teils durch gesetzgeberische Vorgaben, teils durch die Leistung der Rechtsdogmatik, schließlich zu einem großen Teil durch die Kasuistik der Rechtsprechung so intensiv geprägt sind, daß für einen selbständigen Wertungsspielraum des Rechtsanwenders kaum noch Platz zu sein scheint.

In diesem Bereich liegt auch die stärkere Bindung des Rechtsanwenders bei denjenigen Begriffen, die herkömmlicherweise als bestimmte oder unbestimmte, aber bestimmbare bezeichnet werden.

Es handelt sich dabei nicht um ein Problem der größeren Eindeutigkeit im Sinne von Erkennbar-

¹ vgl. Schneider, Der mögliche Einfluß..., DRiZ 75, 265 (267); Quambusch, Auf dem Weg zum mäßig kontrollierten Beamtenhandeln - Irrtümer bei der Verabschiedung des unbestimmten Rechtsbegriffs, ZBR 76, 274 (277).

keit,¹ sondern um den Grad der bereits vorgegebenen und vollzogenen Wertungen.²

Diese Vorgabe ist um so geringer, je offener der Gesetzgeber den Tatbestand formuliert, je mehr er darauf verzichtet, eigene Wertungen und Präzisierungen vorzunehmen.³

Es gibt also eine Abstufung der Bindung des Rechtsanwenders, allerdings in dem eben beschriebenen anderen Sinn, als die Vertreter der Lehre vom "Beurteilungsspielraum" meinen. Fraglich ist jedoch, von welcher Relevanz diese Bindung für den Rechtsanwender in seiner konkreten Arbeit ist.

bb) Die Relevanz der gesetzlichen Wertungen für die Rechtsanwendung

Auf die oben aufgeworfene Frage sind in der Rechtsphilosophie der Neuzeit zwei extreme Antworten gegeben worden.

Die eine kam vom Rechtspositivismus und hier insbesondere von der Begriffsjurisprudenz und besagte, daß sämtliche denkbaren Wertungen bereits im Gesetz vorgenommen und in begrifflicher Form ausgedrückt seien, so daß es nur noch ein methodisches Problem des Erkennens sei, diese Wertungen

1 vgl. dazu Fr. Müller, Juristische Methodik, S. 127.

2 vgl. Esser, Vorverständnis..., S. 102ff; Larenz, Methodenlehre..., S. 195; v. Olshausen, Beurteilungsspielraum und Rationalität..., JuS 73, 217 (219); Kopp, Die Grenzen der richterlichen Nachprüfung wertender Entscheidungen der Verwaltung, DÖV 66, 317 (318); Bullinger, Unbestimmte Gesetzesbegriffe..., Festschrift für H. Jahrreiß, 1974, S. 32.

3 vgl. dazu Säcker, Die Konkretisierung vager Rechtssätze..., ARSP 58 (1972), 215 (227); Larenz, Methodenlehre..., S. 202f; Korbmacher, Ermessen..., DÖV 65, 696 (697).

im Rechtsanwendungsprozeß umzusetzen.¹

Die andere Antwort gab - in polemischer Stoßrichtung gegen die Begriffsjurisprudenz - die Freiheitslehre.² Sie sah den Rechtsanwender von jeder Bindung an das Gesetz freigestellt zugunsten der subjektiven persönlichen Wertung des Rechtsanwenders.³

Beide Antworten konnten und können nicht befriedigen, denn sie verkennen, daß die Frage nach der Bindung des Rechtsanwenders an gesetzliche Wertvorstellungen nicht generell zu beantworten ist, sondern nur aus dem Verhältnis von Sachverhalt und Rechtsnorm zu verstehen ist.⁴

Der Rechtsanwender ist in jedem einzelnen Fall zu einer Entscheidung⁵ aufgefordert, die nicht im Wege formallogischer Subsumtion zu finden ist, aber ihre Rechtfertigung auch nicht aus seinen subjektiven Wertvorstellungen gewinnt.

Erst aus der plausiblen, durch rationale Begründung nachvollziehbaren Bewertung sowohl der rechtserheblichen Umstände des Einzelfalls als auch des mit der Norm verfolgten Zweckes ergibt sich die

1 vgl. Marx in Kaufmann/Hassemer, Rechtsphilosophie., S. 89ff (insbesondere S. 95); Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 401; Krawietz, Rechtsdogmatik., ÖstZÖR 23 (1972), 47 (57).

2 vgl. A. Kaufmann, Freirechtsbewegung., JuS 65,1.

3 vgl. Rupp, Grundfragen., S. 187 m.w.N.; A. Kaufmann, a.a.O., S. 5.

4 vgl. dazu ausführlich Fr. Müller, Juristisches Methodik, S. 131ff; Esser, Grundsatz und Norm, S. 253f; Schweiger, Der "gebildete Durchschnittsmensch"., DVBl 68, 481 (485): "vom Einzelfall abhängige Bewertung".

5 vgl. dazu instruktiv und mit weiteren Nachweisen Schneider/Schroth in Kaufmann/Hassemer, Rechtsphilosophie., S. 254ff; Czermak, Zur Lehre., JuS 68, 399 (400).

Entscheidung des Rechtsanwenders.¹

Die Wertungskriterien, nach denen der Rechtsanwender urteilt, sind also weder im Gesetz ausschließlich vorzufinden, noch folgen sie aus subjektiver, irrationaler Eigenwertung.

Erst im konkreten Prozeß der Rechtsanwendung zeigt sich das jeweils vernünftige, sowohl dem Normzweck gerecht werdende, als auch die Erfordernisse des vorliegenden Sachverhalts berücksichtigende Ergebnis.²

Insofern ist mit Recht behauptet worden, daß "die Auslegung das Ergebnis ihres Ergebnisses ist."³

Für die Frage nach der Relevanz der gesetzlich vorgegebenen Wertungen bedeutet dieser Gedankengang, daß jede Rechtsanwendung (mindestens) der Zusatzwertung aus dem konkreten Sachverhalt bedarf.

Auch ein noch so verdichtetes Entscheidungsprogramm erspart dem Rechtsanwender nicht die Mühe einer normativen Betrachtung des Lebenssachverhalts,⁴ die wiederum zu einer Korrektur oder

1 Rupp, Grundfragen..., S. 186; Fr. Müller, Juristische Methodik, S. 130f; Esser, Vorverständnis..., S. 44; v. Olshausen, Beurteilungsspielraum und Rationalität..., JuS 73, 217 (219); A. Kaufmann, Freirechtsbewegung..., JuS 65, 1 (5).

2 vgl. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 170 mit einem überzeugenden Hinweis auf die Art, wie dieser Gedanke in der Praxis der Referendarausbildung durchschlägt, ohne theoretisch zugegeben zu werden. In diesem Beispiel wird Sattelmacher, Bericht und Gutachten (eines der bekanntesten Referendar-Ausbildungsbücher) mit folgenden Ausführungen zitiert: "Die gefundene Entscheidung ist nicht deshalb richtig, weil sie dem Gesetz..entspricht, sondern deshalb, weil sie dem Gesetz entspricht, wie es..auf den gegebenen Fall anzuwenden ist."

3 Esser, Grundsatz und Norm, S. 117 unter Bezug auf Radbruch.

4 vgl. allgemein zum normativen oder "wertorientierten" Denken in der Jurisprudenz, Larenz, Methodenlehre..., S. 192ff, insbesondere S. 193.

Relativierung sich als untragbar oder nicht evident erweisender gesetzlicher Wertungen führen kann. Verwendet das Gesetz unbestimmte oder wertausfüllungsbedürftige Begriffe, so wird diese - immer zu erbringende - Leistung des Rechtsanwenders lediglich offen ausgewiesen, seine Verantwortung klarer herausgestellt.¹

Ein Unterschied zwischen strikter, wertmäßiger Rechtssatzbindung und dem Erfordernis der Eigenwertung ist demnach nicht aufrechtzuerhalten, die Vagheit des Gesetzes ist nur der offene Ausdruck eines immer notwendigen Vorgehens des Rechtsanwenders.²

Anders ausgedrückt: es besteht immer die Notwendigkeit von Eigenwertungen, die ihre Orientierung aus dem dialektischen Verhältnis zwischen der plausiblen Lösung des Einzelfalls und der Legitimation dieser Lösung aus den Gesetzeszwecken erhält.³

Mit dieser Einschätzung ist nicht subjektiver Willkür im Sinne der Freirechtslehre das Wort gesprochen,⁴ denn die Rationalität der Rechtsanwendung ist hier nicht zugunsten der Wertungsnotwendigkeit aufgegeben, sondern durch das Offen-

1 vgl. Fr. Müller, Juristische Methodik., S. 128: "Die Vorschrift gibt mehr oder weniger deutliche, mehr oder weniger abschließende normative Gesichtspunkte für den..offenen..Inbegriff..der ihr..zuzurechnenden Entscheidungen"; Rupp, Ermessensspielraum., NJW 69, 1273 (1276).

2 vgl. Müller, Anmerkung zum Urteil des BVerwG v. 16.12.71, NJW 72, 1587.

3 Esser, Vorverständnis., S. 62; Larenz, Methodenlehre., S. 112; Hoffmann-Riem, Rechtsanwendung., JZ 72, 297 (301); Fr. Müller, Juristische Methodik., S. 132; Czermak, Zur Lehre., JuS 68, 399 (400).

4 dagegen auch Rupp, Grundfragen., S. 188; A. Kaufmann, Freirechtsbewegung., JuS 65, 1 (5).

legen der notwendigen, wertenden Entscheidungskriterien gewinnt die Begründung der rechtlichen Ergebnisse an Rationalität und Plausibilität gegenüber den Beteiligten.¹ Ihre Legitimation findet demnach die Entscheidung des Rechtsanwenders in ihrer Konsensfähigkeit,² die wiederum auf Evidenz³ und Rationalität beruht.

Die unterschiedliche Verdichtung des rechtlichen Entscheidungsprogramms rechtfertigt also nicht den von der Lehre vom "Beurteilungsspielraum" vorausgesetzten Gegensatz zwischen rationaler Rechtserkenntnis und subjektiver Eigenwertung (im Bereich der normativen oder Typenbegriffe).

c) Die "richtige" Entscheidung

Von diesem Ansatzpunkt aus löst sich auch das viel diskutierte Problem, ob im Bereich der unbe-

- 1 vgl. dazu v. Olshausen, Beurteilungsspielraum und Rationalität..., JuS 73, 217 (219); grundsätzlich zu den Kriterien der Rationalität und Plausibilität Esser, Vorverständnis..., S. 116ff, insbesondere S. 119: "Die vermeintliche Wertfreiheit des juristischen Denkens ist notwendig ideologieanfälliger, als die Freiheit des Richters zur Wertung, die Wertungsfreiheit, die das Ergebnis rechtfertigen oder doch plausibel machen muß"; s. auch Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 55; Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, S. 44ff.
- 2 vgl. Zippelius, Methodenlehre..., S. 65: "ursprüngliche Aufgabe (der Auslegung)...: eine in der Wertung konsensfähige Auslegung"; kritisch Schneider, Gesetzmäßigkeit..., DÖV 75, 443 (446).
- 3 zur Rolle der Evidenz in der Rechtsverwirklichung vgl. Fr. Müller, Juristische Methodik..., S. 127f; in einem völlig anderen Sinn als diese Untersuchung gebraucht den Begriff Achterberg, Die Evidenz als Rechtsbegriff, DÖV 63, 331, der die Evidenz für einen "Einbruch in das Gebäude rationalen Rechtsdenkens" hält, a.a.O., S. 329; zum Verhältnis von Evidenz und "Natur der Sache" im Sinne einer Rechtsquellenlehre vgl. E. Küchenhoff, Ausdrückliches, stillschweigendes und ungeschriebenes Recht in der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, AÖR 82 (1957), 413ff, insbesondere S. 460.

stimmten Rechtsbegriffe eine "richtige" Entscheidung möglich ist, oder ob hier die Richtigkeitsgewähr versagt und die These von der einen richtigen Entscheidung sich als Fiktion erweist.¹

Die Lehre vom "Beurteilungsspielraum" geht in dieser Hinsicht davon aus, daß eine richtige Erkenntnis des Rechts - abweichend vom Normalfall - bei der Anwendung unbestimmter, normativer Rechtsbegriffe nicht möglich sei, da hier eine subjektive, irrationale Wertung erforderlich sei. Gegen diese Auffassung ist eingewandt worden, daß Rechtsanwendung immer auf objektive Richtigkeit gerichtet sei, daß die subjektiv richtige Entscheidung immer auch Ausdruck objektiver Gerechtigkeit sei.²

Dieser Einwand trifft jedoch nicht den Kern des Problems, denn er erfaßt nicht den spezifischen Rahmen, in den der Begriff der "Richtigkeit" durch seine Verwendung im Recht gestellt ist. Mit Richtigkeit kann hier zunächst nicht Wahrheit im Sinne der zutreffenden Erkenntnis des Realen

1 vgl. hierzu die Kontroverse, die das Urteil des BVerwG vom 16.12.71 -I C 31/68- = E 39, 203 mit der Behauptung ausgelöst hat, "die Vorstellung, daß bei der Anwendung des Begriffs der Eignung zur Jugendgefährdung nur eine richtige Lösung möglich sei, erweise sich als eine Fiktion"; dazu Ott, Die neue Rechtsprechung des BVerwG zum literarischen Jugendschutz in verfassungsrechtlicher Sicht, NJW 72, 1219; Bachof, Neue Tendenzen..., JZ 72, 641; Ossenbühl, Renaissance der administrativen Beurteilungsermächtigung, DÖV 72, 401; Kellner, Neue Erkenntnisse zum sog. Beurteilungsspielraum, DÖV 72, 801; Müller, Anmerkung zu BVerwG, Urteil v. 16.12.71, NJW 72, 1581; Schmidt-Salzer, Anmerkung zu BVerwG, Urteil v. 16.12.71, DVBl 72, 388; Erichsen, Unbestimmter Rechtsbegriff..., VerwArch 63 (1972), 337.

2 Schmidt-Salzer, Beurteilungsspielraum..., S. 47; ders., Anmerkung..., DVBl 72, 388; vgl. auch die etwas abweichenden Ausführungen Ossenbühls, Renaissance..., DÖV 72, 401 (403); s. auch W. Schmidt, Gesetzesvollziehung..., S. 142.

gemeint sein, denn im Bereich des Rechts werden immer nur Aussagen über Realität zur Diskussion gestellt, nicht aber die Realität selbst.¹ Diesen Aussagen kann weiterhin deshalb nicht Richtigkeit beigemessen werden, weil sie notwendig normativer Natur sind.

Sie sind auf die Beeinflussung des Seins, auf die Veränderung von Verhaltensweisen gerichtet, nicht aber auf deren deskriptive Erkenntnis.²

Daß schließlich Richtigkeit des Rechts auch nicht aus der richtigen Erkenntnis des Objekts "Recht" folgen kann,³ ergibt sich aus dem oben bereits angedeuteten dialektischen Charakter des Rechts, das nicht als unveränderliches Objekt, nicht als Zustand gesehen werden kann, sondern seinen Sinn immer erst im konkreten Rechtsfindungsverfahren erhält.⁴

Läßt sich der Begriff der Richtigkeit im Recht also nicht auf objektive Kriterien zurückführen, so muß er inhaltlich anders aufgefaßt werden. Richtigkeit konstituiert sich in diesem Bereich nur durch Konsensfähigkeit und Legitimation im

1 Adomeit, Rechtswissenschaft und Wahrheitsbegriff, JuS 72, 628; vgl. demgegenüber aber Meyer, Noch einmal: Wahrheitsbegriff und Rechtswissenschaft, JuS 73, 202.

2 vgl. Grüber, Zur Anwendbarkeit..., JZ 74, 665 (667).

3 so aber Schneider, Zum Einfluß der Soziologie..., DRiZ 75, 265 (267); Meyer, Wahrheitsbegriff..., JuS 73, 202 (204); der positivistische Hintergrund dieser Auffassung wird deutlich in der These von Meyer, daß eine wissenschaftliche Diskussion von "Werten" logisch unmöglich sei, vgl. dazu Adorno in Adorno u.a., Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie, S. 137ff und J. Schmidt, Wahrheitsbegriff..., JuS 73, 204; s. auch Geitmann, BVerfG und "offene Normen", S. 29.

4 vgl. Fr. Müller, Juristische Methodik, S. 131f; A. Kaufmann in Kaufmann/Hassemer, Rechtsphilosophie..., S. 290.

Verfahren.¹

Sie hat also zwei Komponenten, einmal die Bewährung am konkreten Fall, der über die Begründung einem rationalen, argumentativ gewonnenen und diskursiv nachvollziehbaren Ergebnis zugeführt werden muß, und zum anderen die Legitimation im Verfahren, das den Beteiligten größtmögliche Chancengleichheit in der Entfaltung und Darstellung ihrer Argumente gewährleisten muß.²

Der Begriff der Richtigkeit ist demnach nicht ablösbar von der konkreten Fallentscheidung. Die Richtigkeit dieser Entscheidung hängt ab von der Rationalität, Plausibilität und Evidenz ihrer Begründung, sowie der größtmöglichen Offenheit des Entscheidungsprozesses.

Richtigkeit ist im Recht also keine absolute, sondern eine relative Größe, die von Fall zu Fall sich verschieden darstellt.

1 vgl. dazu Zippelius, Methodenlehre..., S. 65; Esser, Vorverständnis..., S. 171ff; mit Legitimation im Verfahren und Konsensfähigkeit ist hier nicht auf die "Systemtheorie" Luhmanns abgehoben, die meint, Legitimation durch Verfahren herstellen zu können; ein solcher Verzicht auf inhaltliche Kriterien der Rationalität führt notwendigerweise zur Resignation gegenüber neuen, nur formal legitimierten Herrschaftsformen; vgl. N. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, S. 28 und kritisch dazu Larenz, Methodenlehre..., S. 176f; Klenner, Die Macht der Ohnmacht, Zur systemstrukturellen Rechtstheorie, DuR 76, 14ff; Alexy, Theorie..., S. 261ff, insbesondere S. 267.

2 vgl. Schneider/Schroth in Kaufmann/Hassemer, Rechtsphilosophie..., S. 257 mit Hinweisen auf die Bedeutung der Verfahrensart (autoritär, liberal, etc.) für das Ergebnis; s. auch die Bedeutung, die Habermas der Chancengleichheit in einem idealen Diskurs für die Gewinnung von Wahrheitsaussagen beimißt: für Habermas ist entscheidendes Element einer idealen Sprachsituation (die ein Gerichtsverfahren ja sein sollte) die Chancengleichheit der Beteiligten und Wahrheitskriterium der schließlich gefundene Konsens; vgl. ausführlich zu alledem Habermas, Wahrheitstheorien, S. 255ff; Alexy, Theorie..., S. 134ff und 261ff.

Insofern ist zu Recht angemerkt worden, daß das Problem der "einen richtigen Auslegung" ein Scheinproblem darstellt.¹

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß die von der Lehre vom "Beurteilungsspielraum" vorgenommene Entgegensetzung von richtiger Auslegung und irrationaler Wertung sich nicht aufrechterhalten läßt.

3. Der Gegensatz von Tatbestand und Rechtsfolge

Eines der "Wesenselemente" der Lehre vom Beurteilungsspielraum ist die Entgegensetzung von Tatbestand und Rechtsfolge mit der Konsequenz der Trennung von Ermessen und Rechtsanwendung. Gerechtfertigt wird diese Trennung mit der Erwägung, daß im Bereich des Tatbestandes der Rechtsanwender nur kognitiv das Recht erkennen könne, während in der Rechtsfolgeseite bei Ermessensnormen eine Willensentscheidung des "Rechts"anwenders gefordert sei, die nicht mehr an rechtlichen Maßstäben gemessen werden könne.

a) Der rechtstheoretische Aspekt

Dieser Lehre gegenüber ist auf die rechtstheoretische Erkenntnis zu verweisen, daß jede Rechtsfindung neben kognitiven auch volitive Elemente aufweist.²

Die Vorstellung einer vom Willen des Rechtsanwenders unabhängigen Erkenntnis des Rechts ist - wie

1 vgl. Ossenbühl, Vom unbestimmten Gesetzesbegriff..., DVBl 74, 309.

2 vgl. Rupp, Grundfragen..., S. 192ff; Larenz, Methodenlehre..., S. 136; erstaunlicherweise auch Bachof, Ermessen und Sprachgebrauch, JZ 56, 590, ohne die Konsequenz für die Lehre vom "Beurteilungsspielraum" zu ziehen.

schon oben nachgewiesen wurde - unter erkenntnis-theoretischen Prämissen nicht haltbar.

Sie beruht auf einer positivistischen Rechtsauf-fassung, die im heutigen Rechtsdenken als über-wunden gelten kann.¹ Nur vor diesem positivistischen Hintergrund ist auch die These zu erklären, daß im Bereich des Ermessens ein "rechtsfreier Raum"² bestünde, in dem mehrere Entscheidungen gleichermaßen Rechtmäßigkeit beanspruch könnten.³

Wird die Rechtsordnung als geschlossen und lückenlos verstanden,⁴ so ist es in der Tat nicht mög-lich, im Ermessensbereich von Rechtsanwendung zu sprechen, da unter einer solchen Prämisse jede Entscheidung auf den Gesetzeswortlaut zurückge-führt werden muß, was bei Ermessensnormen offen-sichtlich nicht immer erreichbar ist.⁵

Diese Vorstellung einer geschlossenen, kodifi-zierten Rechtsordnung ist jedoch spätestens seit der Formulierung in Art. 20 III GG nicht mehr aufrechtzuerhalten, daß der Rechtsanwender an

1 vgl. Hoffmann-Riem, Rechtsanwendung.., JZ 72, 297 mit weiteren Nachweisen.

2 so Semler, Gerichtliche Kontrolle von Prüfungs-entscheidungen, NJW 73, 1774; Ule, VerwProzeßR, S. 6; dagegen Rupp, Grundfragen.., S. 182.

3 vgl. Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff.., AöR 82 (1957), 163 (211); Erichsen/Martens, AllgVerwR, S. 152f; Forsthoff, VerwR I, S. 87; Ule, Verw ProzeßR, S. 7; Scholz, Verantwortungs- und Gerichtsbarkeit, VVDStRL 34 (1976), S. 155 spricht von einem "metajuristischen..Gestal-tungsbereich", der von dem Bereich "juristischer Richtigkeitsgewähr" zu trennen sei.

4 vgl. kritisch dazu Larenz, Methodenlehre.., S. 352.

5 vgl. dazu und zu der damit zusammenhängenden These von der richtigen Entscheidung W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, S. 159 und 190; kritisch Soell, Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, S. 78f.

"Gesetz und Recht" gebunden ist.¹

Sie kollidiert darüberhinaus mit der längst nachgewiesenen Lückenhaftigkeit und Unvollständigkeit des Gesetzes, die den Rechtsanwender immer wieder zur Lückenfüllung und Rechtsfortbildung zwingt.²

Ist also jede Rechtskonkretisierung auf den Einzelfall, ungeachtet der mehr oder minder großen Vagheit der zugrundeliegenden Normen, Rechtsanwendung, dann ist die Entgegensetzung der "Anwendung" unbestimmter Rechtsbegriffe und der "Rechtsfreiheit" des Ermessens nicht mehr zu rechtfertigen.³

b) Der pragmatische Aspekt

Neben diesen rechtstheoretischen Argumenten spricht gegen die Trennung von Tatbestand und Rechtsfolge auch die Tatsache, daß jede Norm so formuliert werden kann, daß die Ermessensproblematik auf die Tatbestandsseite verlagert wird.⁴

1 vgl. zu den Schwierigkeiten, die diese Formulierung einer positivistischen Methodik bereitet, A. Kaufmann, Gesetz und Recht, in Rechtsphilosophie im Wandel, S. 135ff; das BVerfG hat in dieser Formel eine Ablehnung des "engen Gesetzespositivismus" gesehen, BVerfG, Beschluß v. 14.2.73 -1 BvR 112/65- = JZ 73, 662 (665).

2 vgl. dazu Larenz, Methodenlehre..., S. 354ff mit weiteren Nachweisen.

3 vgl. Schmidt-Eichstaedt, Ermessen, Beurteilungsspielraum und eigenverantwortliches Handeln der Verwaltung, AöR 98 (1973), 173 (177); W. Schmidt, Gesetzesvollziehung..., S. 157; Ehmke, "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, S. 23; Obermayer, Die Beurteilungsfreiheit der Verwaltung, BayVB1 75, 257 (261); Soell, Das Ermessen..., S. 207; Scholz, Verwaltungsverantwortung..., VVDStRL 34 (1976), S. 167; Rupp, Grundfragen..., S. 197; s. auch Ossenbühl, Vom unbestimmten Gesetzesbegriff..., DVBl 74, 309 (313); dagegen Ule, Unbestimmte Gesetzesbegriffe..., DVBl 73, 756 FN 5; Bachof, VVDStRL 34 (1976), S. 290 (Diskussionsbeitrag).

4 Obermayer, Die Beurteilungsfreiheit..., BayVB1 75, 257 (261); Engisch, Einführung..., S. 117.

Beispielhaft können hier die sog. Koppelungsnormen¹ genannt werden, deren Formulierung eine Trennung von Voraussetzung des Handelns und Entschluß zu einer bestimmten Handlungsweise nicht mehr zuläßt.²

Die Unterscheidung zwischen "unbestimmtem Rechtsbegriff" und "Ermessen" mit den jeweils verschiedenen "Freiräumen" der Verwaltung ist also deshalb abzulehnen, weil es sich der Sache nach sowohl auf der Tatbestandsseite als auch im Rechtsfolgebereich um die gleichen Denkvorgänge handelt.³

Immer obliegt es dem Rechtsanwender, die abstrakt-generelle Regelung im Gesetz auf den Einzelfall zu konzentrieren, wobei es keinen Unterschied machen kann, ob sich die Offenheit des Gesetzes aus der Unbestimmtheit eines Begriffs ergibt oder aus einer Rechtsfolgenanordnung, die die Wahl zwischen mehreren Möglichkeiten läßt.

Die Trennung zwischen einem "Beurteilungsspielraum" auf der Tatbestandsseite einer Norm und einem "Handlungsermessen" auf der Rechtsfolgeseite ist angesichts der strukturellen Gleichheit des Rechtsanwendungsprozesses aufzugeben.⁴

1 vgl. Scholz, *Verwaltungsverantwortung...*, VVDStRL 34 (1976), S. 167 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung zu solchen Normen.

2 vgl. dazu W. Schmidt, *Abschied vom "unbestimmten Rechtsbegriff"*, NJW 75, 1753 (1974); Ehmke, *Ermessen...*, S. 28; Lohmann, *Die Zweckmäßigkeit der Ermessensausübung als verwaltungsrechtliches Rechtsprinzip*, S. 83ff.

3 vgl. Soell, *Das Ermessen...*, S. 207; Obermayer, *Die Beurteilungsfreiheit...*, BayVBl 75, 257 (261); Schmidt-Eichstaedt, *Ermessen...*, AöR 98 (1973), 173 (176).

4 vgl. Lohmann, *Die Zweckmäßigkeit der Ermessensausübung...*, S. 88.

4. Die Ermächtigungsproblematik

Von den bisher dargestellten Annahmen zur Herleitung eines "Beurteilungsspielraums" weichen die Thesen Kellners erheblich ab.

a) Die Ermächtigung als Ergebnis einer Gesetzesinterpretation

Für ihn ist zunächst Voraussetzung eines unüberprüfbaren Spielraums der Verwaltungsbehörde eine Interpretation des Gesetzes in bestimmten Sachgebieten, die zu einer Ermächtigung des Rechtsanwenders zur eigenen Qualifizierung des unbestimmten Rechtsbegriffs führt.¹

Gegen diesen Ermächtigungsgedanken ergeben sich sowohl grundsätzliche als auch pragmatische Bedenken.

aa) Die Ermächtigung zur Letzterkenntnis

Grundsätzlich ist zu dieser Argumentation anzumerken, daß durch eine solche Interpretation des Gesetzeswortlauts Probleme des Prozeßrechts ins materielle Recht verlagert werden, ohne daß eine innere Rechtfertigung dafür ersichtlich ist.²

Das materielle Recht hat Ermächtigungscharakter für den Rechtsanwender nur insoweit, als dieser durch Zuständigkeits- und Kompetenzvorschriften "ermächtigt" wird, das Gesetz auf den Einzelfall

1 vgl. Kellner, Der sog. Beurteilungsspielraum..., NJW 66, 857 (859).

2 vgl. Rupp, Grundfragen..., S. 217; Korbmacher, Ermessen..., DÖV 65, 696 (697); Kopp, Wertende Entscheidungen..., DÖV 66, 317 (319).

anzuwenden.¹ Diese Ermächtigung kann jedoch nicht auch die Befugnis der Verwaltung zur Letzterkenntnis umfassen und damit die gerichtliche Kontrolle ausschließen.²

bb) Die fehlende Abgrenzungsmöglichkeit

Der Gedanke, eine solche Ermächtigung in das Gesetz hineinzulesen, stößt auch deshalb auf Bedenken, weil mit ihm jede Kompetenzregelung in Verwaltungsgesetzen zu einer Befugnis zur Letzterkenntnis umgedeutet werden könnte. Die Beschränkung Kellners auf das Gebiet der Prüfungen und Beurteilungen steht dem nicht entgegen, denn für diese Beschränkung fehlen strukturelle Gründe, die das Prüfungs- und Beurteilungsrecht von anderen Rechtsgebieten unterscheiden könnten.³

Dies zeigt die Rechtsprechung des BVerwG, das die Gedanken Kellners auch in einem ganz anderen

1 Rupp, Grundfragen..., S. 182; v. Olshausen, Beurteilungsspielraum und Rationalität..., JuS 73, 217 (219) verweist zu Recht darauf, daß jede andere Vorstellung von Ermächtigung nur mit der Rechtstheorie der "Wiener Schule", also der Reinen Rechtslehre in Einklang zu bringen sei. Diese Rechtstheorie, die auf jeder Stufe der Rechtsanwendung wieder Rechtssetzung sieht, ist jedoch mit der Bindung der Verwaltung an das Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht zu vereinbaren; vgl. dazu Roellecke und Starck, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34 (1976), S. 7 bzw. S. 43.

2 vgl. zu der damit verbundenen Problematik im Hinblick auf Art. 80 GG Schmidt-Eichstaedt, Ermessen..., AöR 98 (1973), 173 (187); s. auch Czermak, Zur Lehre..., Jus 68, 399 (402); skeptisch auch Schmidt-Salzer, Beurteilungsspielraum..., S. 53.

3 vgl. dazu Czermak, Zur Lehre..., JuS 68, 399 (402); Rupp, Grundfragen..., S. 217; s. auch Schramm, Beurteilungen im Prüfungs- Schul- und Beamtenrecht, S. 19ff; Jaeger, Zum Beurteilungsspielraum, DÖV 66, 779 (781).

Gebiet, dem Jugendschutz,¹ zur Rechtfertigung eines "Beurteilungsspielraums" heranzog.

Darüberhinaus ist die Argumentation Kellners auch im Bereich des Prüfungswesens nicht tragfähig, denn die Vorstellung, daß das Bestehen einer Prüfung nicht von der Qualifikation des Prüflings, sondern von der Qualifizierung durch "die weisen, alten Männer der Prüfungskommission"² abhängt, verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 I GG.³

Sie versagt überdies in allen Bereichen, in denen der Prüfling sich seine Prüfer selbst aussuchen und damit die an den Prüfer gebundenen Kriterien dieser Qualifizierung (großzügig, scharf, wohlwollend etc.) selbst mitbestimmen kann.

b) Die "Faktorenlehre"

Die zweite Möglichkeit einer gerichtlich nur eingeschränkten Überprüfung sieht Kellner darin, daß die Verwaltung die einen unbestimmten Rechtsbegriff prägenden Faktoren mitgestalten und damit der gerichtlichen Kontrolle entziehen könne.

Diese sog. Faktorenlehre erkennt richtig, daß die Verwaltung die Voraussetzungen für eine Rechts-

1 vgl. BVerwG, Urteil v. 16.12.71 -I C 31/68- = E 39, 203; vgl. dazu auch Ule, Unbestimmte Begriffe..., DVBl 73, 756 (760): Das BVerwG "muß sich die Frage stellen lassen, weshalb eine solche Beschränkung des richterlichen Prüfungsrechts nicht auch anderen Gesetzen immanent sein kann"; ebenso Schmidt-Eichstaedt, Ermessen..., AöR 98 (1973), 173 (187).

2 Kellner, Der sog. Beurteilungsspielraum..., NJW 66, 857 (859).

3 zu dem Problem, ob der Maßstab bei Prüfungsbeurteilungen "absoluter" oder "relativer" Natur ist, vgl. Czermak, Zur Lehre..., JuS 68, 399 (402).

entscheidung mitgestaltet und damit auf das Verhältnis dieser Voraussetzungen zum konkreten Fall Einfluß nimmt.¹

Sie verkennt jedoch den unterschiedlichen Charakter des Rechtsschutzes in Entscheidungen, die von der Auslegung eines unbestimmten Begriffs abhängen und Entscheidungen, die diese gestaltende Tätigkeit der Verwaltung zum Gegenstand haben.² Sind z.B. die Interessen des öffentlichen Verkehrs für die Entscheidung eines konkreten Falls zu prüfen, so geht es nicht um die Gestaltung der Verkehrssituation durch die Verwaltung, sondern darum, wie sich die gestaltete Verkehrssituation und die sich hieraus ergebenden Interessen des öffentlichen Verkehrs auf den konkreten Fall auswirken.³

Es handelt sich um eine Momentaufnahme aus dem Prozeß der Verkehrspolitik, die wiederum in andere Verfahren und unter anderen Vorzeichen der gerichtlichen Überprüfung unterliegt.

Von daher ist es verfehlt, eine Einschränkung des Rechtsschutzes mit den selbstverständlichen realen Gegebenheiten, die auf jede gerichtliche Entscheidung Einfluß nehmen, zu legitimieren.

5. Zusammenfassung

Als Ergebnis der obigen Erwägungen ist festzuhalten, daß die Voraussetzungen der Lehre vom "Beurteilungsspielraum" mit gesicherten rechtstheore-

1 vgl. zu den Konsequenzen aus dieser Erkenntnis W. Schmidt, Gesetzesvollziehung., S. 114ff.

2 vgl. Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff., AöR 82 (1957), 163 (218).

3 vgl. die Beispiele bei Jesch, a.a.O., S. 219.

tischen Erkenntnissen nicht zu vereinbaren sind. Dieser Befund hat Rupp zu der Feststellung veranlaßt, daß diese Lehre "im Forum einer Allgemeinen Rechtslehre nur Staunen erwecken könne."¹

Dieser Beurteilung ist nichts hinzuzufügen, denn es erstaunt tatsächlich, mit welcher Naivität sich die Vertreter der Lehre vom "Beurteilungsspielraum" auf längst überwundene Thesen einer positivistischen Rechtstheorie stützen, die sich nicht nur mit der Rechtswirklichkeit nicht vereinbaren lassen, sondern auch in der theoretischen Erfassung des Prozesses der Rechtsanwendung nicht zu befriedigen vermögen.

II. Die Kritik an den verfahrensrechtlichen Gründen für die Einräumung eines "Beurteilungsspielraums"

Könnte die Untersuchung der Voraussetzungen, auf denen die Lehre vom "Beurteilungsspielraum" beruht, sich auf allgemeingültige Methodenprobleme der Rechtsanwendung beschränken, so erfordert eine Analyse der für die Rechtfertigung eines "Beurteilungsspielraums" der Verwaltung vorgebrachten Gründe, die vorgeblichen Besonderheiten des Verhältnisses der Verwaltung zum Gesetz² einerseits und zur überprüfenden Verwaltungsgerichtsbarkeit andererseits in den Blick zu nehmen.

Da sich in dieser Hinsicht Besonderheiten jedoch nur aus einer gegenüber anderen Rechtsanwendern herausgehobenen Stellung der Verwaltung ergeben

¹ Rupp, Ermessensspielraum.., NJW 69, 1273.

² vgl. dazu allgemein Scheuner, Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung, DÖV 69, 585ff.

könnten, stehen hier nicht mehr methodische Probleme im Vordergrund (denn die Methode der Gesetzesanwendung ist prinzipiell von der Funktion des Anwenders unabhängig), sondern ist nach der Legitimation für eine solche besondere Stellung der Verwaltung¹ zu fragen.

Die Antwort auf diese Frage kann sich aus der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, aber auch aus verfahrensrechtlichen Normen des Verwaltungsprozeßrechts ergeben. Letztlich wäre es denkbar, daß eine Beschränkung der gerichtlichen Kontrollrechte aus der "Natur der Sache"², also den Eigenarten der zu überprüfenden Verwaltungsentscheidung folgt.

Unter diesen Aspekten ist im folgenden einmal die These zu untersuchen, ein "Beurteilungsspielraum" der Verwaltung ließe sich aus deren Sachnähe und Sachverstand herleiten und zum anderen die Behauptung, rein faktisch könnten bestimmte Elemente der Behördenentscheidung nicht mehr mitgeteilt werden, so daß deren Einschätzung insoweit nicht zu widerlegen, also zu akzeptieren sei.

1. Der Sachverstand der Verwaltungsbehörde

Ule verweist darauf, daß der Verwaltungsprozeß sich dadurch vom Zivilprozeß unterscheide, daß

1 Erstaunlicherweise ist diese Legitimation in der Literatur zum "Beurteilungsspielraum" kaum problematisiert, vgl. dazu kritisch Rupp, Grundfragen..., S. 216f; vgl. jetzt aber den Versuch Königs, Erkenntnisinteressen..., S. 85ff, das Verhältnis von Recht und Verwaltung zu klären.

2 vgl. zur Problematik dieses Begriffs, der unausgesprochen hinter vielen Argumenten für die Einaräumung eines "Beurteilungsspielraums" steht, A. Kaufmann, Die ontologische Begründung des Rechts.

hier eine der Parteien - nämlich die Verwaltung - grundsätzlich sachverständig sei.¹

Ähnlich argumentiert Wolff, daß dem Verwaltungsrichter immer schon eine begründete Sachentscheidung der Behörde vorliege, die er lediglich zu überprüfen habe.²

a) Sachverstand und Verfahrensrecht

Diese Thesen sind jedoch mit dem geltenden Verfahrensrecht, der Verwaltungsgerichtsordnung, nicht vereinbar.

aa) Mitwirkungspflicht der Behörde und Sachferne des Richters

Gem. § 108 VwGO entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung. Dieser Grundsatz der freien Beweiswürdigung³ findet seine Ergänzung in dem Untersuchungsgrundsatz des § 86 Abs. 1 VwGO und der Pflicht der Behörde zur Aktenvorlage und Auskunft gegenüber dem Gericht gem. § 99 VwGO. Aus dem Zusammenhang dieser Vorschriften ergibt sich, daß das Gericht nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet ist, sich in den Fällen, wo ihm die Sachkunde fehlt, sachverständig zu machen.⁴

Die Behörde wiederum kann sich der Sachverhaltserforschung des Gerichts nicht durch den Hinweis

1 Ule, Unbestimmte Rechtsbegriffe., Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 326.

2 Wolff-Bachof, VerwR I, § 31 I c 4.

3 vgl. dazu Ule, VerwProzeßR, S. 113; Kopp, VwGO, 3 zu § 108; Kellner, Der sog. Beurteilungsspielraum., NJW 66, 857 (858).

4 vgl. BVerwG, Urteil v. 26.5.55 -BVerwG III C 83.54- = BVerwGE 2, 135; Redeker-v. Oertzen, VwGO, § 86 Rdn. 8.

auf ihren eigenen Sachverstand entziehen, sondern muß alles ihr mögliche tun, um die Sachkenntnis des Gerichts zu erhöhen.¹

Deshalb ist auch der Hinweis, daß der Sachverstand der Behörde nicht durch die Anhörung von Sachverständigen auszugleichen sei², hier fehl am Platz, denn die Behörde ist schon von sich aus verpflichtet, ihren Sachverstand in das Verfahren einzubringen.

Im übrigen ist die oft beschworene These von der Sachferne des Richters trotz ihres scheinbar praxisnahen Gehalts nur theoretisch überzeugend, denn durch die Geschäftsverteilung in den Verwaltungsgerichten hat es der Verwaltungsrichter im allgemeinen nur mit einem Sachgebiet zu tun (etwa Baurecht), in das er sich sowohl vom rechtlichen Gehalt als auch von der praktischen Kenntnis der Verhältnisse (z.B. durch Ortstermine)³ ebenso schnell einarbeiten kann, wie der Verwaltungsbeamte.⁴

1 Das ergibt sich im übrigen nicht nur aus § 99 VwGO, sondern auch aus der Verpflichtung zur Amtshilfe gem. Art. 35 GG; vgl. BVerwG, Urteil v. 23.8.68 -IV C 235.65- = BVerwGE 30, 154 (157).

2 so Bachof, Beurteilungsspielraum..., JZ 55, 97 (100).

3 Die Vorstellung eines aus der Ferne anreisenden Gerichts, dem die örtlichen Verhältnisse völlig unbekannt sind, ist angesichts der Anzahl der Verwaltungsgerichte wohl nicht haltbar. So stehen in Nordrhein-Westfalen sieben Verwaltungsgerichten fünf Regierungsbezirke gegenüber. Zumindest in den Fällen, in denen der Regierungspräsident Widerspruchsbehörde ist, kann also kaum von einer größeren Sachferne des Gerichts gesprochen werden.

4 Denn auch Verwaltungsbeamte werden ja nicht mit ihrer Sachkenntnis geboren, sondern müssen sich in ihr jeweiliges Gebiet einarbeiten, vgl. Schmidt-Salzer, Beurteilungsspielraum..., S. 62.

bb) Die problematische Entscheidung

Das Argument der Sachnähe der Verwaltung wird oft mit der griffigen Formel unterlegt, dem Sachverstand der Behörde müsse deshalb der Vorrang gebühren, damit nicht die problematische - aber sachnahe - Entscheidung der Verwaltung durch eine ebenso problematische - aber sachferne - Entscheidung des Richters ersetzt werde.¹

Diese Formulierung verkennt zunächst, daß es in vielen Fällen der gerichtlichen Entscheidung gar nicht um die Überprüfung einer behördlichen Maßnahme geht, sondern das Gericht selber aus seiner Kenntnis der Sach- und Rechtslage eine Sachentscheidung fällt. Hierzu gehören die Untätigkeitsklage nach § 75 VwGO ebenso wie in bestimmten Fällen die Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 2 VwGO², am deutlichsten wird die spezifisch "verwaltende" Tätigkeit des Gerichts jedoch in den Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 123 VwGO und § 80 V VwGO, wo es (bei einstweiligen Anordnungen) nach seinem Ermessen bestimmt, ob und welche Regelungen es für geboten hält,³ um dem Rechtsschutzbegehren des Antragstellers zu entsprechen, bzw. (bei der Entscheidung nach § 80 V VwGO) nicht die Entscheidung der Verwaltung nachvollzieht, sondern "in jedem Fall selbst eine eigene Entscheidung...nach denselben Gesichtspunkten wie die Widerspruchsbehörde"⁴ trifft.

1 Die Formel stammt von Jarosch, Unbestimmte Rechtsbegriffe., DVBl 54, 521 (525); zu ihrer Zählebigkeit vgl. Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften., S. 332 mit weiteren Nachweisen.

2 vgl. dazu Czermak, Zur Lehre., JuS 68, 399 (401f).

3 Kopp, VwGO, 5 zu § 123.

4 Kopp, VwGO, 12 zu § 80; OVG Münster, Beschluß v. 20.6.66 -VII B 233/60- = MDR 67, 249; OVG Lüneburg, Beschluß v. 21.11.69 -V OVG B 37/69- = ZBR 70, 55; OVG München, Beschluß v. 27.12.71 -Nr. 106 II 71- = BayVBl 72, 166.

Gegenüber einer derartig umfassenden Kompetenz des Gerichts, die auch nicht durch den Hinweis auf seine alleinige Befugnis zur "Rechts"kontrolle¹ zu widerlegen ist, zeigt die These von dem Ersetzen der problematischen Entscheidung, daß hier der Blick auf eine bestimmte Konstellation in der Anfechtungsklage begrenzt ist und damit weite Bereiche der gerichtlichen Befugnisse aus den Augen verliert.

cc) Die Funktion des Verwaltungsstreitverfahrens

Darüberhinaus verkennt diese Formel und die ihr zugrundeliegende Behauptung vom Vorrang des Sachverstands der Behörde aber auch die eigentliche Funktion des Verwaltungsstreitverfahrens.

Es dient als ein kontradiktorisches Verfahren² sowohl dem Individualrechtsschutz als auch der Verwaltungskontrolle.³

1 womit Assoziationen zur "Rechts"- und "Fach"-aufsicht geweckt werden; daß der Hinweis auf die Rechtskontrolle unerheblich für den Umfang der Überprüfungsbefugnis des Gerichts ist, zeigt § 40 VwGO, wonach den Gerichten die Entscheidungen in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art zugewiesen sind; vgl. Stürer, Zum autonomen Gestaltungsraum..., DVBl 74, 314 einerseits und Rupp, Grundfragen..., S. 179 andererseits; s. auch W. Schmidt, Gesetzesvollziehung..., S. 140: "auf eine Rechtskontrolle der vollziehenden Gewalt beschränkte Verwaltungsgerichtsbarkeit"; dabei handelt es sich um eine unschlüssige Argumentation, denn der Grad der Beschränkung kann sich nur aus dem Grad der Verrechtlichung des Verwaltungshandelns herleiten lassen, der Satz von W. Schmidt setzt also das voraus, was er beweisen will.

2 vgl. dazu unter dem Gesichtspunkt des Einflusses persönlicher Wertungen auf die Entscheidungsfindung, Hoffmann-Riem, Rechtsanwendung..., JZ 72, 297 (298), der darauf hinweist, daß nur das kontradiktorische Verfahren in der Lage ist, das ungehinderte Einfließen persönlicher Auffassungen in die Rechtsfindung zu filtern.

3 Dürig in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, Rdn. 7 zu Art. 19 IV mit weiteren Nachweisen.

Aus einer Zusammenschau dieser Elemente ergibt sich geradezu die Umkehrung der oben wiedergegebenen Behauptung: Gerade da, wo die Behörde problematische Entscheidungen fällt, bedarf es der Überprüfung durch Verwaltungsgerichte.

In diesen Bereichen bedarf die behördliche Entscheidung der Bewährung in einem kontradiktorischen, auf den Austausch von Argumenten gerichteten Verfahren, das die Belange des Individualrechtsschutzes genauso berücksichtigt wie Behördeninteressen.

Denn es kann ja nicht verkannt werden, daß aus der Sachnähe der Behörde auch ein Interessenstandpunkt erwächst,¹ der der Überprüfung aus der distanzierten Perspektive des Richters bedarf.

Im ganzen spricht die größere Sachnähe der Behörde also eher für als gegen eine umfassende gerichtliche Kontrolle.²

b) Sachverstand und Verfassungsrecht

Dieser Befund wird bestätigt durch Art. 19 IV GG, der einen effektiven Rechtsschutz gewährleisten soll.

Aus dieser Vorschrift hat das Bundesverfassungsgericht die Konsequenz gezogen,³ daß der "Rechts-

1 vgl. Kopp, Wertende Entscheidungen..., DÖV 66, 317 (322); Schmidt-Salzer, Beurteilungsspielraum..., S. 63; zu den verschiedenartigen Motivationen, die Behördenentscheidungen zugrundeliegen können und zur Bedeutung einer uneingeschränkten Rechtskontrolle für das Beamtenhandeln vgl. Quambusch, Auf dem Weg zum mäßig kontrollierten Beamtenhandeln..., ZBR 76, 274 (276).

2 so auch Korbmacher, Ermessen..., DÖV 66, 696 (701); Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff..., AöR 82 (1957), 163 (231); Kellner, Der sog. Beurteilungsspielraum..., NJW 66, 857 (861); Czermak, Zur Lehre..., JuS 68, 399 (402).

3 BVerfG, Beschluß v. 5.2.63 -2 BvR 21/60- = E 15, 275.

weg die vollständige Nachprüfung des Verwaltungsakts in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht durch ein Gericht ermöglichen" muß.

Mit dieser Auslegung der Rechtsschutzgarantie ist ein Sachverständigsvorrang der Verwaltung ersichtlich nicht vereinbar.

Der Richter ist bei Streitigkeiten zwischen Verwaltung und Bürger zur Letztentscheidung kompetent, auch wenn er sich dabei fremder Erkenntnisquellen bedienen muß.¹

2. Die Nicht-Mittelbarkeit der Begründung

Vor allem Jesch² und Wolff³ begründen einen nur beschränkt nachprüfbaren Entscheidungsfreiraum der Behörde damit, daß bestimmte Einschätzungen der Behörde faktisch nicht mehr mitgeteilt, deshalb auch nicht nachvollzogen werden könnten.

Diese These bedarf in zweifacher Hinsicht der Untersuchung. Zunächst ist zu fragen, ob sie - ihre Richtigkeit unterstellt - zu den Konsequenzen führt, die ihre Vertreter mit ihr verbinden, und danach sind die normativen Anforderungen an Entscheidungsbegründungen zu untersuchen.

a) Die verfahrensrechtlichen Konsequenzen nicht-mittelbarer Begründungselemente

Aus der Einsicht, daß bestimmte Teile der Entscheidungsbegründung dem Gericht nicht mehr als

1 Rupp, Grundfragen., S. 219; Kopp, Wertende Entscheidungen., DÖV 66, 317 (320).

2 Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff., AöR 82 (1957), 163 (231ff).

3 Wolff-Bachof, VerwR I, § 31 I c 4.

Fakten mitgeteilt, sondern nur noch geschätzt werden könnten, ziehen die Vertreter dieser Auffassung den Schluß, daß das Nachprüfungsrecht des Gerichts hier auf eine innere Grenze stoße.¹ Das theoretische Strukturmodell der vollen gerichtlichen Kontrolle müsse an dieser faktischen Grenze seine Schranken finden. Die tatsächliche Unmöglichkeit zur Ermittlung des von der Behörde verwerteten Tatsachenstoffs zwingt das Gericht, die Einschätzung der Behörde zu akzeptieren.²

Wenn diese These auch mit aufwendigen rechtstheoretischen Argumenten über die mangelnde Auflösungsfähigkeit unbestimmter Begriffe in Faktenbegriffe untermauert wird,³ so ist doch die Konsequenz einer solchen Nicht-Mittelbarkeit aus der Sicht des Prozeßrechts recht einfach.

Es handelt sich um ein Problem der Beweisaufnahme, das vom Richter fordert, im Wege der freien Beweiswürdigung eine von der Behörde schätzungsweise vorgetragene Tatsache als erwiesen anzusehen oder dieses nicht zu tun.⁴

Läßt sich eine von der Behörde vorgetragene Behauptung (etwa: eine Gefahr liege vor; ein Schüler habe nicht die Fähigkeit zu erfolgreicher Mitarbeit in der höheren Klasse) nicht beweisen, so folgt daraus nur, daß nunmehr die allgemeinen - auch im Verwaltungsprozeß Anwendung findenden -

1 vgl. Schmidt-Salzer, Beurteilungsspielraum..., S. 79.

2 W. Schmidt, Gesetzesvollziehung..., S. 122f.

3 vgl. Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff..., AÖR 82 (1957), 163 (231ff); s. auch die gründliche Untersuchung bei W. Schmidt, ebd.

4 Kellner, Der sog. Beurteilungsspielraum..., NJW 66, 857 (860); Kopp, Wertende Entscheidungen..., DÖV 66, 317 (322).

Regeln der Beweislast¹ eingreifen.

Diese Regeln treffen genau die Situation, daß Fakten nicht mehr mitteilbar sind, sie sind nicht Regeln des Beweises, sondern der Beweislogik.²

Wen die Beweislast trifft, entscheidet sich nach der dem Streitfall zugrundeliegenden Norm³ in Verbindung mit den diese Norm beeinflussenden Verfassungsnormen.⁴

Deshalb ist es zwar richtig, daß der gerichtliche Rechtsschutz in Fällen der Unmöglichkeit der vollständigen Sachverhaltsermittlung auf eine Grenze stößt, diese Grenze ist aber ausnahmslos allen Gerichten auf allen Rechtsgebieten gezogen.⁵ Dies führt jedoch nicht zu einer Ausschaltung der Gerichte, sondern immer zu einer vollen sachlichen Entscheidung des Streitfalls, wobei sich diese Entscheidung eben auch auf Beweislastregeln stützen kann.

1 Es handelt sich dabei nicht um die aus dem Zivilprozeß bekannte Darlegungs- und Beweisführungslast, die wegen des Untersuchungsgrundsatzes im Verwaltungsprozeß (§ 86 Abs. 1 VwGO) ausgeschlossen ist, sondern um die Regelung der Frage, zu wessen Lasten die Unerweislichkeit von Tatsachen geht, die in jeder Verfahrensart relevant sein kann; vgl. zum ganzen Lücke, Über die Beweislast im Zivil- und Verwaltungsprozeß, JZ 66, 587.

2 vgl. Kopp, VwGO, 5 zu § 108; Lücke, Über die Beweislast..., JZ 66, 587 (589).

3 h.M., vgl. BVerwG, Urteil v. 28.3.74 -V C 27.73- = BVerwGE 45, 131 (132); Redeker-v. Oertzen, VwGO, Rdn. 11 zu § 108; a.A. Ule, VerwProzeßR, S. 213.

4 So beeinflusst die verfassungsrechtliche Norm des Art. 4 Abs. 3 GG die Beweislast bei der Gewissensprüfung für Kriegsdienstverweigerer dahin, daß ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit genügt, um die Richtigkeit der Darstellung des Wehrpflichtigen zu beweisen; vgl. BVerwG, Urteil v. 18.10.72 -VIII C 46.72- = BVerwGE 41, 53 (58); vgl. auch Berg, Die Gewissensfrage..., MDR 74, 793; Lücke, Über die Beweislast..., JZ 66, 587 (591f).

5 vgl. Czermak, Zur Lehre..., JuS 68, 399 (403).

b) Die normativen Anforderungen an die Begründung
von Behördenentscheidungen

Im Grunde ist die oben geschilderte Lösung des Problems der Nicht-Mittelbarkeit lediglich Ausdruck des allgemeinen Rechtsgedankens, daß behördliche Entscheidungen einer Begründung bedürfen¹ und diese Begründung auch argumentativ nachvollziehbar zu sein hat.²

Diese Begründungspflicht zwingt die Behörde, die ihre Entscheidung tatsächlich tragenden Erwägungen und Spezialkenntnisse offenzulegen und damit überprüfbar zu machen. Es ist auch nicht einzusehen, warum gerade die tragenden Grundlagen einer Behördenentscheidung nicht mitzuteilen und damit zu objektivieren sind.³

Spielen andere Elemente bei dieser Entscheidung eine Rolle, dann liegt der Verdacht nahe, daß sie sachfremd und damit zur Begründung ungeeignet sind.

Der Rückzug auf nicht mehr mitteilbare Entscheidungen kollidiert also mit den normativen Anforderungen, die hinsichtlich der Rationalität und der "intersubjektiven Transmissibilität"⁴ an die Verwaltungsentscheidung gestellt werden.

Der Verzicht auf Begründungen bedeutet demnach auch Verzicht auf diese Rationalität⁵ und entzieht

1 vgl. Tschira/Schmitt-Glaeser, VwVfG, S. A 37 mit weiteren Nachweisen.

2 vgl. v. Olshausen, Beurteilungsspielraum und Rationalität., JuS 73, 217 (219); Schmidt-Salzer, Beurteilungsspielraum., S. 62f.

3 vgl. Schramm, Beurteilungen., S. 27; Rupp, Grundfragen., S. 214.

4 die von W. Schmidt, Gesetzesvollziehung., S. 122 und Nierhaus, Gerichtliche Kontrolle., DVBl 77, 19 (23) bestritten wird.

5 v. Olshausen, Beurteilungsspielraum und Rationalität., JuS 73, 217 (219).

die getroffene Entscheidung dem Diskussionsprozeß, in dem sie sich gerade bewähren soll.¹

Dem wird im Verwaltungsprozeß insofern Rechnung getragen, als aus nicht erweislichen Behauptungen auch keine für den Behauptenden günstigen Rechtsfolgen abzuleiten sind.²

3. Zusammenfassung

Hinsichtlich der Gründe für die Einräumung eines "Beurteilungsspielraums" der Verwaltungsbehörde erweist sich demnach, daß diese Rechtsfigur nicht mit dem geltenden Prozeßrecht und der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie vereinbar ist.

Der Lehre vom "Beurteilungsspielraum" ist also sowohl im Hinblick auf ihre rechtsmethodischen Voraussetzungen, als auch bezüglich der sie rechtfertigenden Gründe der Boden entzogen.

C. Die Aufgabe des "Beurteilungsspielraums" in der neueren Verwaltungsrechtsliteratur

Seit Beginn der 70er Jahre wurde die Lehre vom "Beurteilungsspielraum" zunehmender Kritik unterzogen, wobei im Vordergrund die rechtsmethodischen Voraussetzungen dieser Lehre standen.³ Hierbei wurde hauptsächlich die Entgegensetzung von Tatbestand und Rechtsfolge abgelehnt.

1 vgl. dazu Viehweg, Topik und Jurisprudenz, S. 42f.

2 vgl. Schunck-De Clerck, VwGO, § 86 Anm. 1 c bb; Redeker-v. Oertzen, VwGO, § 108 Rdn. 12.

3 vgl. die Nachweise unter 2. Teil B I 3.

"Ermessen" und "Beurteilungsspielraum" wurden als einheitliche Problematik aufgefaßt und unter dem Gesichtspunkt der Verwaltungsverantwortung¹ neu zu erfassen versucht.

Im folgenden sind die tragenden Begründungen dieser sich immer deutlicher abzeichnenden Lehre darzustellen. In diese Darstellung ist die Problematik des Verwaltungsermessens miteinzubeziehen.²

I. Die Vereinheitlichung der Problematik von "Beurteilungsspielraum" und "Ermessen"

Anknüpfend an die oben dargestellten Kritikpunkte an der Entgegensetzung von unbestimmtem Begriff und Rechtsfolgeermessen und beeinflusst von einer Rechtsprechung, die diese Trennung - wenn auch mit schwankender Tendenz - ebenfalls immer stärker in Zweifel zog,³ unterzog die deutsche Verwaltungsrechtslehre die Lehre vom "Beurteilungs-

- 1 vgl. das Thema der Tagung der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer im Oktober 1975: "Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsrechtsschutz"; Ossenbühl, Die gerichtliche Überprüfung der Beurteilung technischer und wirtschaftlicher Fragen in Genehmigungen des Baus von Kraftwerken, DVBl 78, 1 (6) spricht vom "Verantwortungsprinzip"
- 2 Terminologisch ist festzustellen, daß der Begriff des "Ermessens" zunehmend für eine allgemeine Gestaltungsfreiheit der Verwaltung steht; das von W. Schmidt beklagte Nebeneinander von "Ermessen" und "Beurteilungsspielraum", das "von Übel" sei, ist also zugunsten des "Ermessens" aufgegeben worden.
- 3 vgl. den Beschluß des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes zu § 131 AO v. 19.10.71 -GmS-OGB 3/70- = BVerwGE 39, 355, mit Anmerkung von Kloepfer, NJW 72, 1411, in dem das Tatbestandsmerkmal "unbillig" als Ermessensbegriff bezeichnet wurde, einerseits und andererseits BVerwG, Urteil v. 5.7.74 -IV C 50/72- = E 45, 309 = NJW 75, 70, wo diese Erwägungen ausdrücklich für den Bereich des Bauplanungsrechts abgelehnt werden.

spielraum" und "Ermessen" einer grundsätzlichen Revision.

Die Widersprüche zwischen einem Ermessensbegriff, der die Verwaltung in einen rechtsfreien Raum stellte und ihr Wahlfreiheit zur Wertverwirklichung zubilligte,¹ und der Lehre von den Ermessensfehlern, die diesen Spielraum zusehends verrechtlichte und mit dem Gedanken einer "Ermessensreduzierung auf Null"² schließlich die Vorstellung einer Wahlfreiheit ad absurdum führte,³ wurden erkannt und der Gedanke eines auf die Rechtsfolgeseite einer Ermessen einräumenden Norm beschränkten rechtsfreien Raums fallengelassen.

Die rechtstheoretischen und rechtsmethodischen Schwächen der bisher herrschenden Ermessenslehre wurden damit beseitigt.

Allerdings zog die neuere Verwaltungsrechtslehre aus dieser Revision des Ermessensbegriffs nicht die Konsequenz, Gestaltungsfreiräume der Verwaltung nunmehr abzulehnen und dem Verwaltungsrichter das Recht zur Letzterkenntnis in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zuzubilligen.

Die Handlungsfreiheit der Verwaltung wurde vielmehr in Richtung einer selbständigen, aus dem Gewaltenteilungsprinzip hergeleiteten Verwaltungs-

1 vgl. Forsthoff, VerwR I, S. 87; Erichsen/Martens, AllgVerwR, S. 152ff; Ule, VerwProzeßR, S. 6f; Scholz, Verwaltungsverantwortung., VVDStRL 34 (1976), 164 mit weiteren Nachweisen.

2 vgl. Eyermann/Fröhler, VwGO, § 113 Rdn. 62 b; Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme., S. 145 m.w.N.; ders., Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, S. 38; Obermayer, Das Verhaltensermessen der Verwaltungsbehörden, NJW 68, 1177 (1185).

3 vgl. Czermak, Was ist Verwaltungsermessen?, DÖV 66, 750 (752); Rupp, Ermessensspielraum., NJW 69, 1273.

verantwortung, die lediglich verfahrensrechtlich kontrollierbar sei,¹ ausgedehnt.

Im Sinne eines einheitlichen Ermessens² wurde der Verwaltung nicht nur ein eigener Gestaltungsraum bei der Rechtsanwendung auf den Einzelfall, sondern bereits bei der Auslegung von unbestimmten Gesetzesbegriffen³ und der Ermittlung von Gesetzeszwecken⁴ zugestanden.

Vor allem auf dem Gebiet des Planungsrechts wurden über den schon früher anerkannten Gestaltungsraum der Verwaltung hinaus Auslegungs- und Gestaltungsvorbehalte der Verwaltung angenommen,⁵ die lediglich durch evidente Fehler beschränkt seien.⁶

Ein so verstandenes Verwaltungsermessen beinhaltet also eine eigene Maßstababbildung der Verwaltung, sowohl bei der Auslegung unbestimmter Gesetzes-

1 so vor allem Scholz, *Verwaltungsverantwortung...*, VVDStRL 34 (1976), S. 178.

2 vgl. W. Schmidt, *Unbestimmter Rechtsbegriff...*, NJW 75, 1753 (1975).

3 grundlegend W. Schmidt, *Gesetzesvollziehung...*, S. 137; vgl. auch Schmidt-Eichstaedt, *Ermessen...*, AöR 98 (1973), 173 (182); Redeker, *Fragen der Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung*, DÖV 71, 757 (762); dagegen Ossenbühl, *Vom unbestimmten Gesetzesbegriff...*, DVBl 74, 309 (310).

4 vgl. Scholz, *Verwaltungsverantwortung...*, VVDStRL 34 (1976), S. 256; Bullinger, *Ermessen...*, NJW 74, 769 (770); Nierhaus, *Gerichtliche Kontrolle...*, DVBl 77, 19.

5 vgl. Hoppe, *Zur Struktur von Normen des Planungsrechts*, DVBl 74, 641; Redeker, DVBl 72, 896; die von Hoppe vorgenommene Ableitung eines solchen Gestaltungsermessens aus der Entgegensetzung von final-programmierter und konditional-programmierter Verwaltung erkennt, daß jede Rechtsanwendung finale Elemente hat und Normen ohne tatbestandliche Voraussetzungen als Blankett-normen verfassungswidrig sind; vgl. dazu Schmidt-Eichstaedt, *Ermessen...*, AöR 98 (1973), 173 (179) und sehr klar BVerwG, Urteil v. 5.7.74 -IV C 50/72- = BVerwGE 45, 309 (324).

6 vgl. Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsverantwortung...*, VVDStRL 34 (1976), S. 258.

begriffe¹ als auch bei der Ermittlung der Gesetzeszwecke.

Verwaltungsermessen bedeutet in dieser Sicht konkrete Rechtssetzung durch Vervollständigung einer in Tatbestand und/oder Rechtsfolge nicht kompletten Gesetzesnorm.²

Der Gestaltungsraum der Verwaltung auf der Rechtseitsseite, den die bisher herrschende Meinung annahm, ist damit ersetzt worden durch eine umfassende Kompetenzzuweisung³ an die Verwaltung zur eigenen Rechtssetzung und Maßstababbildung.

II. Die Kritik an diesen Vorstellungen

Allerdings bedürfen auch diese neueren Erklärungen des Verwaltungsermessens hinsichtlich ihrer dogmatischen Grundlagen und ihrer rechtsstaatlichen Absicherung kritischer Untersuchung.

1. Die Gewaltenteilung

Dies gilt zunächst für den Versuch, die Einräumung von Verwaltungsermessen mit dem Grundsatz

1 Schmidt-Eichstaedt, Ermessen., AöR 98 (1972), 173 (179) spricht von "Begriffsausfüllungsermessen"; vgl. auch Obermayer, mit dem programmatischen Titel "Die Beurteilungsfreiheit der Verwaltung", BayVBl 75, 257, insbesondere S. 260.

2 vgl. Schmidt-Eichstaedt, Ermessen., AöR 98 (1973), 173 (183); Scholz, Verwaltungsverantwortung., VVDStRL 34 (1976), 168; Meyer/Borgs, VwVfG, § 40 Rdn. 6.

3 für die Reduzierung des Ermessens auf ein Kompetenzproblem vgl. vor allem Ossenbühl, Vom unbestimmten Gesetzesbegriff., DVBl 74, 309 (311); ders., Die gerichtliche Überprüfung., DVBl 78, 1 (8); W. Schmidt, Unbestimmter Rechtsbegriff., NJW 75, 1753 (1756).

der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) zu begründen.¹

Die Teilung der Gewalten ist unter dem Grundgesetz nicht so aufzufassen, daß dadurch die Gewalten voneinander unabhängig werden, sondern dient gerade dazu, eine Begrenzung und Abhängigkeit der einzelnen Staatsorgane voneinander zu erzeugen, die "vor allem in einer wechselseitigen Kontrolle"² besteht.

Demnach kann also aus der Gewaltenteilung kein eigenständiger Raum der Verwaltung hergeleitet werden, in dem dieser durch Maßstabbildung und Zweckkonkretisierung³ eigene Kompetenzen erwachsen.⁴

2. Die Sachferne des Gesetzgebers

Aber auch diejenigen Vorstellungen, die eine Kompetenz der Verwaltung aus der Sachferne des Gesetz-

1 vgl. Ossenbühl, Vom unbestimmten Gesetzesbegriff..., DVBl 74, 309 (311); Schmidt-Eichstaedt, Ermessen..., AöR 98 (1973), 173 (192), der insoweit auch noch auf den Grundsatz der Selbstverwaltung der Gemeinden verweist; dies kann allerdings nicht überzeugen, denn die Selbstverwaltungsgarantie dispensiert nicht von der Gesetzesgebundenheit, so auch Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverantwortung..., VVDStRL 34 (1976), S. 227; Meyer/Borgs, VwVfG, § 40 Rdn. 11.

2 Maunz in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, Art. 20 Rdn. 78; vgl. auch v. Mangoldt-Klein, GG, S. 598; nach Scheuner, Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung, DÖV 69, 585 (589f) ist das Prinzip der Gewaltenteilung zu allererst ein politisches Prinzip, das der Mäßigung der Staatsmacht und damit dem Schutz des Einzelnen dient; dann ist es aber unverständlich, daß mit einem solchen Rechtsprinzip gerade eine rechtsschutzausschließende Kompetenzzuweisung begründet werden soll.

3 vgl. W. Schmidt, Gesetzesvollziehung..., S. 137; ders., Unbestimmter Gesetzesbegriff..., NJW 75, 1753 (1756).

4 so aber Scholz, Verwaltungsverantwortung..., VVDStRL 34 (1976), S. 174.

gebers und aus der Komplexität der zu treffenden Entscheidungen¹ legitimieren und ihr insoweit einen Gestaltungsauftrag zubilligen,² können aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht überzeugen. In der Sache sind diese Auffassungen ebensowenig mit dem materiell-inhaltlich verstandenen Gesetzesvorbehalt vereinbar,³ wie die früheren Ermessenstheorien.

1 vgl. Bullinger, Ermessen..., NJW 74, 769 (770); der Versuch, im Bereich des Planungsrechts ein Gestaltungsermessen aus der "Hyper-Komplexität"(!) der zu regelnden Sachverhalte abzuleiten und die überkommenen Normstrukturen für insoweit ungeeignet zu erklären, den Hoppe, Zur Struktur von Normen..., DVBl 74, 641 (644) unternimmt, beruht in seiner Begründung auf einer verfehlten Gegenüberstellung von bisheriger Gesetzesanwendung und den Planungserfordernissen; er erinnert im übrigen stark an Behauptungen, mit denen bereits im 19. Jh. in einer vom Monarchismus geprägten Gesellschaftsordnung versucht wurde, der Verwaltung eine eigene Kompetenz zuzuweisen. So formulierte Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, S. 42ff bereits 1886, daß die Besonderheit des freien Ermessens in der Kompliziertheit der tatsächlichen Prämissen liege, so daß man besser von "technischem" bzw. "diskretionärem" Ermessen spreche. Jenseits einer bestimmten Kontrollmöglichkeit könnten Dritte die Richtigkeit derart komplizierter Reihen von Schlußketten nicht mehr überprüfen; vgl. zum ganzen Ehmke, "Ermessen"..., S. 13.

2 vgl. Bullinger, Ermessen..., NJW 74, 769 (771); Stürer, Zum autonomen Gestaltungsraum..., DVBl 74, 314 (318) mit weiteren Nachweisen.

3 vgl. dazu Kisker, Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes, NJW 77, 1313; Scheuner, Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung, DÖV 69, 585 (589) weist sehr klar darauf hin, daß die traditionelle Eigenausrichtung der Verwaltung an den allgemeinen Zielen der Wohlfahrt und Versorgung unter dem Grundgesetz entfallen ist: "Neben der demokratisch legitimierten parlamentarischen Gesetzgebung kann es für (die Verwaltung) keine eigene Richtschnur geben"; vgl. auch Roellecke, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Grenzbereich zur Gesetzgebung, NJW 78, 1776 (1781), der die Legitimation der Verwaltung nicht nur im gesetzlichen Auftrag, sondern auch in der Partizipation der Bürger sieht; allerdings weist er darauf hin, daß - solange die Probleme

Auch hier - wie schon beim Planungsermessen - wird einer angeblichen bisherigen "strikten Rechtsatzbindung" der Verwaltung, die nicht in der Lage sei, "multikausale Konfliktentscheidungen"¹ vorauszudeterminieren, ohne weitere Begründung eine eigenständige Zwecksetzungsermächtigung der Verwaltung entgegengesetzt.

Im Grunde werden bei diesen Aussagen die Probleme, die sich für den Gesetzgeber ergeben,² der legitimerweise die angeblich komplexer werdenden Entscheidungen³ vorbestimmen muß,⁴ auf die Verwaltung umgelegt.

Bezeichnend sind hier die Ausführungen Schmidt-Aßmanns⁵, der die vielfach verschränkten Interessen von Beteiligten eines Verwaltungsverfahrens als "Ausdruck administrativer (!) Gestaltungs- und Verteilungsaufgaben" begreift.

Hier wird verkannt, daß es sich bei diesen Gestaltungs- und Verteilungsaufgaben um gesellschaftliche Probleme handelt, die zu lösen der Gesetzgeber

der Partizipation nicht geklärt sind - es "in der Tat notwendig (sei), die demokratische Legitimität durch zentrale Parlamente zu vermitteln".

- 1 Die Begriffe verwendet W. Schmidt, Unbestimmter Rechtsbegriff..., NJW 75, 1753 (1976).
- 2 Daß der Gesetzgeber zunächst gefordert ist, klingt bei Schmidt-Eichstaedt, Ermessen..., AöR 98 (1973), 173 (187) an.
- 3 Mir scheint es z.B. zweifelhaft, ob nicht die Entscheidung eines normalen, "klassischen" Sozialhilfefalls von einer ebenso großen, wenn auch qualitativ anderen Komplexität ist, wie die Planung für eine Umgehungsstraße.
- 4 vgl. Kisker, Neue Aspekte..., NJW 77, 1313 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des BVerfG.
- 5 Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverantwortung..., VVDStRL 34 (1976), S. 224.

aufgerufen ist.¹

Die Zuordnung der Regelungsbefugnis wesentlicher gesellschaftlicher Problembereiche zum Gesetzgeber kann nicht dadurch unterlaufen werden, daß die Verwaltung mehr und mehr in die Rolle des Gesetzgebers gehoben wird.²

Gerade im Bereich der Planung ist dies besonders zu betonen, da hier die Verfahren der Partizipation von Bürgern und die Probleme des Rechtsschutzes noch weitgehend ungelöst sind.³

1 vgl. dazu die Diskussion um die Genehmigung von Kernkraftwerken; daß das Legitimationsdefizit der Verwaltung nicht allein durch Partizipation zu beheben ist, wird in diesem Bereich besonders deutlich; vgl. jetzt den Vorlagebeschluß des OVG Münster v. 18.8.77 -VII A 338/74- = NJW 78, 439, Leitsatz 2a: "Nach den Prinzipien der Gewaltenteilung (Art. 20 II 2 GG) und der parlamentarischen Demokratie (Art. 20 I, II GG) sowie dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) müssen die politischen Leitentscheidungen vom Parlament getroffen werden"; demgegenüber bedenklich der Vorschlag Breuers, Die Entwicklung des Atomrechts 1974-1976, NJW 77, 1121 (1127), man solle die Entscheidung für Atomanlagegenehmigungen auf ein unabhängiges Verwaltungs(!)gremium übertragen, um so die Kriterien für die Einräumung eines Beurteilungsspielraums zu erfüllen; auffällig im Hinblick auf das Legitimationsproblem ist dabei, daß hier sowohl der Gesetzgeber als auch die gerichtliche Kontrolle ausgeschaltet werden sollen; vgl. dazu auch Ossenbühl, Die gerichtliche Überprüfung., DVBl 78, 1 (5) m.w.N.

2 bezeichnend insoweit die Ausführungen Stüers, Zum autonomen (kontrollfreien) Gestaltungsraum von Gesetzgeber und Verwaltung, DVBl 74, 314ff, der ohne weitere Begründung den Ermessensspielraum des Gesetzgebers bei der kommunalen Neugliederung an die Seite des "Gestaltungsraums" der Verwaltung bei Planungsentscheidungen stellt; daß der Gestaltungsraum der Verwaltung auch bei uneingeschränkter gerichtlicher Überprüfung nur unwesentlich beschnitten ist, zeigt v. Welck, Rechtstatsachenuntersuchungen zum Verwaltungs-ermessen, DÖV 73, 732 für das Namensrecht: weniger als 1% aller von den Verwaltungsbehörden durchgeführten Verfahren wurden von den Gerichten überprüft.

3 vgl. Bullinger, Ermessen., NJW 74, 769 (771); Roellecke, Verwaltungsgerichtsbarkeit., NJW 78,

Diese rechtsstaatlichen Defizite sind nur durch eine stärkere Einschaltung des Gesetzgebers und nicht durch "Gestaltungsaufträge" an die Verwaltung zu kompensieren.

3. Der freie Gestaltungsraum der Verwaltung

Im ganzen ist festzustellen, daß sich die Begründung des Verwaltungsermessens aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung oder der Sachferne des Gesetzgebers nicht halten läßt.

Dies zeigt sich auch in dieser Begründung selbst, denn letztlich kommen alle Autoren, wenn auch mit verschiedenen Formulierungen, wieder auf die Ausgangsthese, die Otto Bähr unter einem anderen Verfassungsverständnis bereits 1864 formuliert hatte,¹ zurück, daß die Verwaltung zur Erfüllung ihrer Aufgabe eines Raumes freier Gestaltung

1776ff; Breuer, Wirksamer Umweltschutz durch Reform des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozeßrechts?, NJW 78, 1558ff mit weiteren Nachweisen.

- 1 O. Bähr, Der Rechtsstaat, S. 58; vgl. die ausdrückliche Bezugnahme bei Nierhaus, Gerichtliche Kontrolle., DVBl 77, 19 (20) und Ossenbühl, Vom unbestimmten Gesetzesbegriff., DVBl 74, 309 (312); Ähnlichkeit besteht hier auch zur sog. "Schrankentheorie" Julius v. Stahls, Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht, Bd. II, S. 609, der das Gesetz nicht als Auftrag an die Verwaltung auffaßte, sondern lediglich als Schranke des ansonsten freien Verwaltungshandelns; vgl. dazu Scheuner, Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung, DÖV 69, 585 (589); Rupp, Grundfragen., S. 180; Ehmke, "Ermessen"., S. 41; Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 150.

bedürfe.¹ Sie gehen jedoch über diesen Ansatz noch hinaus und stellen die Verwaltung auch insoweit an die Seite des Gesetzgebers, als ihr nun eine Kompetenz zur Rechtssetzung und Rechtsschöpfung eingeräumt wird.² Damit ist zwar die Widersprüchlichkeit der früheren Lehre, die zwischen Rechtsanwendung und Gestaltungsfreiheit nicht zu vermitteln wußte, überwunden, die Ermessenslehre aber nicht vorwärtsgekommen, sondern zu den Vorstellungen der "Wiener Schule" zurückgekehrt,³ die auf jeder Stufe der Rechtsanwendung auch Rechtsschöpfung sah.⁴

1 so ausdrücklich Bullinger, Ermessen..., NJW 77, 769 (773); deutlich auch in der Unterscheidung, die Scholz, Verwaltungsverantwortung..., VVDStRL 34 (1976), 155 zwischen juristischen und meta-juristischen Zwecken macht; vgl. auch Schmidt-Eichstaedt, Ermessen..., AöR 98 (1973), 173 (189); W. Schmidt, Unbestimmter Rechtsbegriff..., NJW 75, 1753 (1756).

2 so vor allem Scholz, Verwaltungsverantwortung..., VVDStRL 34 (1976), 168; s. auch Stüer, Zum autonomen Gestaltungsraum..., DVBl 74, 314; W. Schmidt, Gesetzesvollziehung..., S. 160: "gesetzesgebundene Rechtssetzung"; es bedürfte einer näheren Untersuchung, die hier nicht geleistet werden kann, inwieweit solche Vorstellungen eine Instrumentalisierung des Rechts für eigenständige Zweckverfolgungen der Verwaltung bedeuten; das Prinzip des abstrakt-generellen Gesetzes, das eine wesentliche Verwirklichung des Gleichheitssatzes und des Freiheitsschutzes darstellt und insoweit für den modernen Rechtsstaat prägend ist, würde dann abgelöst durch ein selbst gesetztes Maßnahmerecht der Verwaltung; vgl. zur Problematik Scheuner, Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung, DÖV 69, 585 einerseits und Kitschelt, "Rechtsstaatlichkeit" - Zur Theorie des Wandels rechtlicher Programmierungsformen im Staat der bürgerlichen Gesellschaft, DuR 77, 287 (307) andererseits, der die heutige Entwicklung als quantitative Verschiebung vom rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff hin zum Maßnahme-Element und damit zum Spielraum der Bürokratie beschreibt.

3 auf die sie sich auch ausdrücklich beruft; vgl. Scholz, Verwaltungsverantwortung..., VVDStRL 34 (1976), 168 FN 98; s. auch Rupp, VVDStRL 34 (1976), 287 (Diskussionsbeitrag).

4 vgl. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 250; dazu auch Schild in Kaufmann/Hassemer, Rechtsphilosophie..., S. 103ff.

Diese Vorstellung ist jedoch mit dem Postulat des Vorbehalts des Gesetzes und der rechtsstaatlichen Funktion des Gesetzmäßigkeitsprinzips nicht vereinbar.

Darüberhinaus ist die Qualifizierung von Ermessen als Rechtssetzung mit dem Wesen des Ermessens, das in der Individualisierung der Norm besteht,¹ nicht zu vereinbaren, denn Rechtssetzung heißt wegen Art. 3 GG notwendigerweise Generalisierung.²

III. Versuch einer Neubestimmung des Ermessensbegriffs

Die Kennzeichnung von Verwaltungsermessen, die die herrschende Lehre früher als "Wahlfreiheit zur Wertverwirklichung"³ vorgenommen hatte und die heute als "Konkretisierung durch Rechtssetzung"⁴ umschrieben werden kann, ist also nicht zu übernehmen.

Vielmehr ist unter Verwaltungsermessen Rechtsanwendung auf den Einzelfall und nach den Umständen des Einzelfalls durch Konkretisierung der vorgegebenen Gesetzeszwecke zu verstehen.

Die mit dieser Begriffsbestimmung verbundenen Konsequenzen können im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht umfassend erörtert werden.

1 vgl. Soell, Das Ermessen..., S. 200.

2 Das sieht auch W. Schmidt, Gesetzesvollziehung..., S. 161; vgl. zum ganzen Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 326: "die dem Ermessen innewohnende individualisierende Tendenz (steht) Generalisierungen feindlich gegenüber".

3 vgl. Forsthoff, VerwR I, S. 87.

4 Scholz, Verwaltungsverantwortung..., VVDStRL 34 (1976), S. 168.

Es sollen jedoch die Schwerpunkte eines so verstandenen Verwaltungsermessens kurz skizziert werden:

Zunächst soll mit dieser Definition dem Verfassungsauftrag des Art. 20 Abs. 3 GG Genüge getan werden und Klarheit darüber herbeigeführt werden, daß eine eigene Normsetzung der Verwaltung im Einzelfall im Staat des Grundgesetzes nicht möglich ist.

Auch die Verfolgung komplexer Zielsetzungen und die Verwirklichung "politischer" oder "verwaltungsspezifischer" Zwecke kann die Verwaltung nicht von ihrer prinzipiellen Gesetzesgebundenheit suspendieren. Es kann nicht anerkannt werden, daß die Verwaltung sich ihre Maßstäbe selbst bildet und somit selber Recht erzeugt.

Berufen zur Lösung und Vorprogrammierung auch komplexer Zielvorstellungen ist vielmehr der Gesetzgeber,¹ der sich dieser Verantwortung wieder mehr bewußt werden muß.²

Mit dieser prinzipiellen Bindung der Verwaltung an das Gesetz ist die Anerkennung von rechtsfreien Räumen oder Gestaltungsspielräumen, die vom Gesetz nur begrenzt seien, unvereinbar.

Sie führt jedoch auch nicht, wie dies von den Vertretern der Ermessenslehre immer wieder behauptet wird,³ zu einer starren Rechtssatzbindung der Verwaltung, die sie an der notwendigen Flexi-

1 so jetzt auch für das Bodenrecht Papier, Rechtliche Bindung und gerichtliche Kontrolle im Bereich des Bodenrechts, NJW 77, 1714.

2 vgl. die Entwicklung im Atomrecht mit dem Vorlagebeschluß des OVG Münster v. 18.8.77 -VII A 338/74- = NJW 87, 439.

3 so z.B. von W. Schmidt, Unbestimmter Rechtsbegriff., NJW 75, 1753 (1756).

bilität zur Erfüllung ihrer Aufgaben hindern würde.¹ Wer mit dieser starren Rechtssatzbindung argumentiert, verkennt, daß Rechtsanwendung und Gesetzesvollziehung sich in einem Verfahren vollziehen, das im Wege schöpferischer Erkenntnis und unter Berücksichtigung der sich immer wieder verschieden darstellenden Umstände des Einzelfalls² auch gestaltend die im Gesetz vorgegebenen Ziele verwirklicht.³

Eine so aufgefaßte Rechtsanwendung unterscheidet sich grundsätzlich von der positivistischen und formalistischen Vorstellung von Rechtsanwendung als strikter Subsumtion vorgegebener Rechtsätze.

Nur in der Abgrenzung zu einer solchen veralteten Theorie der Rechtsanwendung wird das Bemühen verständlich, der Verwaltung über den Weg einer Kompetenzzuweisung zu eigener Rechtssetzung oder durch die Einräumung von Gestaltungsspielräumen diejenige Flexibilität zu verschaffen, die sie doch bei einem richtig verstandenen Verhältnis zum Gesetz und seiner Anwendung auch ohne dogmatisch und verfassungsrechtlich höchst zweifel-

1 vgl. Bullinger, Ermessen..., NJW 74, 769 (773); demgegenüber weist Quambusch, Auf dem Weg zum mäßig kontrollierten Beamtenhandeln..., ZBR 76, 274 (276) auf die Bedeutung uneingeschränkter gerichtlicher Kontrolle für ein von Einflußnahmen und Pressionen ungehindertes Beamtenhandeln hin.

2 vgl. Czermak, Was ist Verwaltungsermessen?, DÖV 66, 750 (752); die Berücksichtigung des Einzelfalls ist vor allem im Sozialrecht von hoher Bedeutung, so daß die oft wiederholte These, in diesem Bereich sei die Verwaltung am strengsten an das Gesetz gebunden, unverständlich erscheint; vgl. zu dieser These Scheuner, Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung, DÖV 69, 585 (586f).

3 vgl. zum ganzen Rupp, Grundfragen..., S. 181ff; Viehweg, Topik und Jurisprudenz, S. 53.

hafte Theoriengebäude bereits besitzt.

Die Vorstellung von Rechtsanwendung als einer rein logischen, rationalen Gedankenoperation, die für den Richter längst aufgegeben ist,¹ sollte auch dem Verwaltungsjuristen nicht bei der Bemühung im Wege stehen, die dogmatischen Relikte aus einem früheren Verfassungsverständnis abzubauen und zu einer Ermessensdefinition zu kommen, die dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes und dem Verfassungsverständnis unter dem Grundgesetz gerecht wird.

1 vgl. die Nachweise oben unter 2. Teil B I 1.

3. Teil: Die Konsequenzen für den Rechtsschutz
bei der Einstellung von "Radikalen" in
den öffentlichen Dienst

Die Untersuchung hat ergeben, daß die Einräumung eines "Beurteilungsspielraums" der Einstellungsbehörde bei der Einstellung von "Radikalen" in den öffentlichen Dienst auf einer Lehre beruht, deren rechtmethodische Voraussetzungen und inhaltliche Begründungen einer kritischen Überprüfung nicht standhalten.

Auch ein Verzicht auf die Rechtsfigur des "Beurteilungsspielraums" zugunsten eines umfassend verstandenen Gestaltungsauftrags der Verwaltung, der zu einer nur eingeschränkten Überprüfung der Entscheidung der Einstellungsbehörde führen könnte, erscheint aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht möglich.

Rechtsdogmatische Grenzen des richterlichen Nachprüfungsrechts sind demnach nicht anzuerkennen. Diese Einsicht löst jedoch nicht alle Probleme, die im Zusammenhang mit der Entscheidung der Einstellungsbehörde über die Gewähr des Bewerbers für Verfassungstreue aus dem Blickwinkel des Rechtsschutzes gegen diese Entscheidung auftreten.

Zu fragen ist vielmehr, inwieweit und in welcher Form die Probleme, die mit dieser Entscheidung verbunden sind, mit den Regeln des geltenden Prozeßrechts, auf die oben verwiesen wurde, unter Berücksichtigung der schwierigen materiell-rechtlichen und verfassungsrechtlichen Grundlagen, auf denen die Einstellungsentscheidung beruht, zu lösen sind.

Dies setzt eine Analyse der Strukturmerkmale dieser Entscheidung voraus, in der vor allem auf die

These des BVerfG vom persönlichen, prognostischen Urteil des Einstellungsbeamten einzugehen sein wird.

Vor dem Hintergrund dieser Analyse sind deren prozeßrechtliche Konsequenzen - vor allem im Hinblick auf die Beweislastverteilung - zu untersuchen, bevor schließlich in einem Ausblick die möglichen Grundlagen einer rechtsstaatlich befriedigenden Normierung der Einstellungsvoraussetzung der Gewähr für Verfassungstreue zu skizzieren sein werden.

I. Die Strukturmerkmale der Entscheidung der Einstellungsbehörde über die Gewähr des Bewerbers für Verfassungstreue

1. Die unterschiedlichen Auffassungen des BVerwG und des BVerfG

Das BVerfG geht im "Radikalen-Beschluß"¹ davon aus, daß es sich bei der Entscheidung der Frage, ob der Bewerber die Gewähr biete, jederzeit für die freiheitlich-demokratische Grundordnung einzutreten, um ein persönliches, prognostisches Urteil des einstellenden Beamten handele.²

Die Grundlagen dieses Urteils, also die Bewertungen, aus denen die einstellende Behörde ihre Prognose gewinnt, sind nach Auffassung des BVerfG von Fall zu Fall unterschiedlich, in jedem Fall aber auch vom persönlichen Eindruck des für die

1 BVerfG, Beschluß v. 22.5.75 -2 BvL 13/73- = NJW 75, 1641 (im folgenden mit den Seitenangaben der NJW zitiert).

2 BVerfG, NJW 75, 1641 (1643).

Einstellung Verantwortlichen abhängig.¹

Wie bereits oben (1. Teil) festgestellt wurde, liegt demnach der Schwerpunkt der Einstellungsentscheidung nach Meinung des BVerfG auf einer persönlichkeitsgebundenen Prognose.

Demgegenüber legt das BVerwG den Akzent weniger auf die notwendige Prognose der Verfassungstreue (da menschliches Verhalten nie sicher vorherbestimmbar sei), sondern verlangt für die Annahme der Verfassungstreue des Bewerbers, daß keine Umstände vorliegen dürfen, die die künftige Erfüllung der Pflicht zur Verfassungstreue zweifelhaft erscheinen lassen.²

Im Vordergrund stehen also hier die in der Vergangenheit liegenden tatsächlichen Grundlagen für das Urteil der Behörde.

Die widersprüchlichen Auffassungen des BVerfG und des BVerwG beruhen auf einer unterschiedlichen Auslegung des Begriffs "Gewähr für Verfassungstreue" in den Beamtengesetzen.

Es fragt sich, ob diese Auslegungen der spezifischen Problematik der "Gewährbieteformel" gerecht werden und ob sie zu rechtsstaatlich befriedigenden Ergebnissen führten.

1 ebd.; ausdrücklich bestätigt wurde diese These von Geiger, der als Richter am "Radikalen-Beschluß" beteiligt war, vgl. Geiger, Rechtsprobleme bei der Einstellung in den öffentlichen Dienst, Vortrag anlässlich eines Symposiums der Friedrich-Ebert-Stiftung am 16./17. 11.78 im Bundesverfassungsgericht, S. 6 des unveröffentlichten Manuskripts.

2 BVerwG, Urteil v. 6.2.75 -III C 68/73- = NJW 75, 1135 = DVBl 75, 822 (im folgenden mit den Seitenangaben der NJW zitiert).

2. Die Auslegung des Begriffs "Gewähr" in den Beamten-gesetzen

Von den herkömmlich angewandten vier Methoden zur Auslegung eines Gesetzes sind für die Problematik der Gewährbieteformel - dies kann vorab festgestellt werden - die Auslegung nach dem systematischen Zusammenhang, sowie diejenige nach der Entstehungsgeschichte der Norm unfruchtbar.

Aus dem systematischen Zusammenhang ergibt sich lediglich, daß die Gewährbieteformel in Beziehung zu setzen ist zu den übrigen Einstellungsvoraussetzungen für Beamte,¹ was unbestritten ist, die Entstehungsgeschichte vermag ebenfalls keinen Aufschluß über die Bedeutung der Norm zu geben.²

1 Dies ergibt sich aus dem Kontext, in dem die "Gewährbieteformel" in den Beamten-gesetzen steht.

2 Bei der Beratung der nach dem 2. Weltkrieg neu zu schaffenden Beamten-gesetze spielte nur die Frage der Intensität und Reichweite der politischen Treupflicht bei bereits eingestellten Beamten eine Rolle; vgl. dazu den Entwurf der Bundesregierung eines "Gesetzes zur vorläufigen Regelung der Rechtsverhältnisse der im Dienst des Bundes stehenden Personen", BT-Drucksache v. 11.11.49 I - Nr. 175 und die Stellungnahme des Bundesrates dazu BT-Drucksache I - Nr. 175; die Gewähr für Verfassungstreue bei der Einstellung wurde offensichtlich als selbstverständlicher Annex zur Treupflicht gesehen und nicht als Problem erkannt, deshalb ist auch nicht mehr nachzuzuvollziehen, wie es dazu kam, daß die Formulierung aus dem Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums v. 7.4.33, RGBI 1933, Teil I, S. 175ff, daß "Beamte, die..nicht die Gewähr dafür bieten, daß sie jederzeit rückhaltlos für den nationalen Staat eintreten" aus dem Dienst entlassen werden können, fast wörtlich in den neuen Beamten-gesetzen unter Austausch des Bezugsobjekts wieder auftauchte; kritisch zu dieser Einstellungsvoraussetzung - soweit ersichtlich - nur Jess in Bonner Kommentar, Erl. II 3 zu Art. 33: "weil sie mißbräuchlich dazu benutzt werden kann, insbes. politischen Überlegungen einen nach Art. 33 unzulässigen Einfluß auf die Auswahl der Bewerber für den öffentlichen Dienst einzuräumen".

Näher zu untersuchen ist jedoch die eigentliche Wortbedeutung des Begriffs "Gewähr" (grammatische Auslegung), sowie der Sinn und Zweck, der der Verwendung dieses Begriffs im Rahmen der Beamtengesetze beizumessen ist (teleologische Auslegung).

a) Die grammatische Auslegung

Vom Wortlaut her bedeutet "Gewähr" nichts anderes als Sicherheit bieten.¹

Nähme man den Begriff also wörtlich, so hieße dies, daß der Bewerber eine Sicherheit dafür anbieten müßte, künftig- und zwar jederzeit - verfassungstreu zu sein.

Eine solche Auslegung würde jedoch, wie das BVerwG zu Recht erkannt hat, gegen die prinzipielle Einsicht verstoßen, daß kein Mensch sein künftiges Verhalten und seine künftige Gesinnung, denn das Erfordernis der Verfassungstreue ist ohne Zweifel auch ein Gesinnungserfordernis,² sicher vorhersehen kann.³

1 Isensee, Der Beamte zwischen Parteifreiheit und Verfassungstreue, JuS 73, 265 (271) spricht von einer "Negation des Zweifels"; vgl. auch Plümer, Die Mitgliedschaft von Beamten und Beamtenanwärtern in verfassungsfeindlichen Parteien, NJW 73, 4 (9).

2 vgl. dazu Böckenförde, Der Staat als sittlicher Staat, S. 11/12; auch die Rechtsprechung geht ohne weiteres von einer verfassungstreuen Gesinnung als Einstellungsvoraussetzung aus; vgl. dazu nur OVG Berlin, Urteil v. 18.4.78 -OVG III B 13.77- = NJW 78, 1644 (1647): "es ist dem Beklagten nicht gestattet, seine Einrichtungen und Erkenntnisse in den Dienst einer allgemeinen Gesinnungsüberprüfung zu stellen".

3 BVerwG, NJW 75, 1135 (1137); vgl. auch Keller, Wie bietet man Gewähr dafür, daß man jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung eintritt?, Linguistik und Didaktik, 1966, S. 29ff.

Deshalb ist die Betonung des prognostischen Elements in der Entscheidung der Einstellungsbehörde durch das BVerfG auch nicht anzuerkennen.

Käme es wirklich nur auf die Prognose der zukünftigen Verfassungstreue an, dann würde sowohl von der Behörde als auch vom Bewerber etwas unmögliches verlangt.

Die Behörde würde das gesamte Verhalten und die politische Einstellung eines Menschen über einen prinzipiell nur durch dessen Tod begrenzten Zeitraum zu prognostizieren haben.

Der Unterschied zu den üblicherweise etwa im Strafvollzug abgegebenen Prognosen liegt auf der Hand. Während diese lediglich beschreiben, ob ein Fehlverhalten zu erwarten ist und welche Bedingungen dieses Fehlverhalten begünstigen oder verhindern könnten, soll mit der Prognose der Verfassungstreue ein lebenslängliches, positives Verhalten eines Menschen und dessen Einstellung vorhergesagt werden, wobei diese Aussage völlig unabhängig von später zu erwartenden Änderungen persönlicher oder gesellschaftlicher Art erfolgt.

Eine solche Prognose ist notwendigerweise nichtsagend und wegen ihrer überzogenen Reichweite rein spekulativ.

Der Bewerber müßte sich zu einer gleichbleibenden Einstellung verpflichten und dafür Sicherheit bieten, was aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen unmöglich erscheint.

b) Die teleologische Auslegung

Es ist deshalb erforderlich, den Begriff des "Gewährbietens" teleologisch auszulegen, um zu

vernünftigen Ergebnissen zu kommen.¹

Sinn der Vorschrift ist es, Extremisten den Zugang zum öffentlichen Dienst zu verwehren. Es soll durch eine frühzeitige Prüfung der Bewerber verhindert werden, daß diese nach Einstellung in das Beamtenverhältnis gegen Verfassungsgrundsätze verstoßen, dann aber nur noch mit dem Mittel des Disziplinarrechts gegen sie vorgegangen werden kann.²

Es handelt sich somit um eine präventive Kontrollvorschrift, die repressive Maßnahmen überflüssig machen soll.

Der Gedanke der Prävention legt es nahe, bei der Auslegung des Begriffs "Gewähr" auf das tatsächlich vorhandene Gefährdungspotential abzustellen. Dies bedeutet, daß der Schwerpunkt der Prüfung in der Würdigung vergangenen Verhaltens des Bewerbers liegen muß, weil nur so festzustellen ist, ob dieser Bewerber eine Gefährdung darstellt.

"Gewähr" bieten wäre demnach so auszulegen, daß darunter das Fehlen von Tatsachen verstanden wird, die auf die Gefährdung von Verfassungsgrundsätzen durch den Bewerber hindeuten könnten.

Diese Auslegung wird durch die praktische Durchführung der Verfassungstreueprüfung in der Realität bestätigt.

Die Einstellungsbehörde untersucht das bisherige Verhalten des Bewerbers und mißt verschiedenen Verhaltensweisen mit mehr oder weniger Stringenz eine Indizierungswirkung für zukünftiges nicht verfassungstreu Verhalten bei.

1 zu dem Auslegungsgesichtspunkt des "vernünftigen Ergebnisses" vgl. Esser, Grundsatz und Norm, S. 117 und die Nachweise im 2. Teil unter B I 2.

2 vgl. BVerfG, NJW 75, 1641 (1643).

Ist der Bewerber z.B. Mitglied in einer verfassungswidrigen Partei, so indiziert dies, daß er sich in der Zukunft nicht für die freiheitliche demokratische Grundordnung einsetzen wird. Es handelt sich dabei aber nicht um eine Prognose, sondern um eine Schlußfolgerung aus einer Diagnose. Es wird nicht ein erwartetes Verhalten vorausgesagt, sondern aus einem gewesenen Verhalten lediglich ein "logischer" Schluß gezogen.

Das prognostische Element, das diesem Vorgang - wie jeder Schlußfolgerung - innewohnt, tritt dabei gegenüber dem diagnostischen Element der Erfassung und Auswertung vergangenen Verhaltens völlig in den Hintergrund.

Das BVerwG - und ihm folgend die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte - hat aus diesen Gründen zu Recht die Überprüfung der behördlichen Entscheidung auf vorliegende Tatsachen ("Umstände") konzentriert.¹

II. Die prozessualen Konsequenzen

Die Auffassung des BVerfG über die kennzeichnenden Merkmale der Entscheidung der Einstellungsbehörde hat sich weder von ihrem Ansatz (der Betonung des prognostischen, persönlichen Urteils) noch bezüglich ihrer Konsequenz (dem "Beurteilungsspielraum" der Einstellungsbehörde) als haltbar erwiesen.

Der Versuch des BVerfG, die Beweislastproblematik zu umgehen, wurde von der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte nicht aufgenommen (vgl. oben 1. Teil), so daß heute die Auslegung des BVerwG als Ausgangspunkt einer Untersuchung der mit der

1 vgl. die Nachweise oben im 1. Teil unter B und D.

Gewährbieteformel verbundenen prozessualen Probleme genommen werden muß.

Nachzugehen ist hier insbesondere der Frage, wie die (materielle) Beweislast¹ zwischen der Behörde und dem Bewerber verteilt ist.

1. Die Beweislastverteilung nach Auffassung des BVerwG

Das BVerwG geht davon aus, daß begründete Zweifel an der künftigen Verfassungstreue des Bewerbers zu dessen Ablehnung führen müssen.²

Die Umstände, auf die solche Zweifel sich stützen können, sind wegen des Untersuchungsgrundsatzes im Verwaltungsprozeß (§ 86 I VwGO) vom Verwaltungsgericht zu erforschen.

Es besteht also keine Darlegungs- und Beweisführungslast der Verwaltungsbehörde.

Erst die Nichterweislichkeit von Tatsachen, die die Ablehnung rechtfertigen können, also im Umkehrschluß die mangelnde Aussagekraft der vorliegenden Tatsachen, führt dazu, daß die Behörde im Rechtsstreit unterliegen muß.³

Mit dieser Regelung des "non liquet", also der Beweislosigkeit, hat das BVerwG zunächst prinzipiell

1 Im Rahmen der vorliegenden Arbeit kann die Beweislastproblematik im Verwaltungsprozeß nicht erschöpfend behandelt werden; vgl. dazu Lücke, Über die Beweislast im Zivil- und Verwaltungsprozeß, JZ 66, 857 und Bettermann, Die Beweislast im Verwaltungsprozeß, Verhandlungen des 46. DJT, 1967, S. E 26; allerdings wird hier entsprechend der wohl h.M. davon ausgegangen, daß im Verwaltungsprozeß angesichts des Untersuchungsgrundsatzes eine formelle Darlegungs- und Beweisführungslast nicht besteht; so auch BVerwG, NJW 75, 1135 (1138); Bettermann, a.a.O., E 31f.

2 kritisch dazu Geiger, Rechtsprobleme..., S. 14.

3 BVerwG, NJW 75, 1135 (1138).

eine Vermutung der Verfassungstreue des Bewerbers anerkannt.¹ Liegen keine Zweifel auslösende Tatsachen vor, so ist von dessen Verfassungstreue auszugehen.²

Allerdings ist diese Vermutung bereits durch Zweifel an der Verfassungstreue zu erschüttern. Liegen solche Zweifel vor und hat die Behörde sie mit hinreichenden Tatsachen untermauert, so kehrt sich die Beweislast nach Auffassung des BVerwG um.³

Nun unterliegt der Bewerber, falls es nicht gelingt, (durch Amtsaufklärung) hinreichende Tatsachen zu erforschen, die den Schluß auf seine künftige Verfassungstreue zulassen.

Dieser Beweislastverteilung haben sich die Verwaltungsgerichte angeschlossen (vgl. 1. Teil).

2. Die Kritik an dieser Beweislastverteilung

Die Auffassung des BVerwG ist von zwei verschiedenen Ausgangspunkten kritisiert worden.

1 Dem widerspricht nicht, daß das BVerwG sich im selben Urteil gegen eine Übertragung der strafrechtlichen Unschuldsvermutung in die Einstellungsproblematik wendet, denn dem BVerwG geht es dabei nur um die Rechtfertigung der Beweislastumkehr bei auftretenden Zweifeln; vgl. auch VG Berlin, Urteil v. 25.8.76 -VG VII A 194.75- = ZBR 76.341: "Vermutung der Verfassungstreue".

2 so auch Isensee, Der Beamte., JuS 73, 265 (271); Plümer, Mitgliedschaft., NJW 73, 4 (9) spricht von der Notwendigkeit von Indizien, die auf Verletzung der politischen Treuepflicht hindeuten könnten.

3 so auch Plümer, Mitgliedschaft., NJW 73, 4 (9); Isensee, Der Beamte, JuS 73, 265 (271).

a) Die Beweislast des Bewerbers

Die Kritik setzte einmal an der These an, daß die Behörde bei nicht hinreichender Begründung der Zweifel unterliegen müsse.

Insoweit wurde darauf verwiesen, daß die Verfassungstreue des Bewerbers ein rechtsbegündendes Merkmal und somit konstitutives Element für eine Einstellung sei.¹

Der Bewerber habe keinen Anspruch auf Einstellung in den öffentlichen Dienst, vielmehr dürfe die Behörde ihn nur einstellen, wenn er Gewähr für seine Verfassungstreue biete.

Demnach habe der Bewerber in jedem Fall bei einem non liquet zu unterliegen.

Die Lage sei hier genauso, wie bei allen anderen rechtsbegründenden Voraussetzungen für die Beamtenernennung, wie Prüfungen, die Eigenschaft, Deutscher zu sein und die Gesundheit.²

Gegenüber dieser Kritik ist zunächst einzuwenden, daß die Frage, ob der Bewerber einen Anspruch auf Einstellung hat, nichts mit der Beweislastproblematik zu tun hat.

Das zeigt sich schon an den Konsequenzen, die prozeßrechtlich zu ziehen wären, wenn dem Bewerber ein Anspruch auf Einstellung bei im übrigen unveränderter Lage zustünde.

Dann müßte der Bewerber die Voraussetzungen dieses ihn begünstigenden Anspruchs nachweisen, so daß ein non liquet ebenfalls zu seinen Lasten ginge.³

1 Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme., S. 147.

2 ebd.

3 so zumindest nach der allgemein gängigen Beweisregel, daß derjenige, der aus einem Anspruch eine ihn begünstigende Rechtsfolge herleitet, die Voraussetzungen dieses Anspruchs beweisen muß; vgl. dazu Thomas-Putzo, ZPO, § 282 5 b; Lüke, Über die Beweislast., JZ 66, 587 (591).

Neben dieser Erwägung zeigt auch die Tatsache, daß dann, wenn nur noch die Verfassungstreue zweifelhaft ist, von der Rechtsprechung durchaus ein Anspruch auf Einstellung für möglich gehalten wird,¹ daß die Frage der Beweislastverteilung bei zweifelhafter Verfassungstreue von der Frage des Anspruchs auf Einstellung in den öffentlichen Dienst zu trennen ist.²

Auch der Vergleich der Verfassungstreue mit den übrigen - zweifelsfrei vom Bewerber nachzuweisen - Einstellungsvoraussetzungen trifft das Problem nicht.

Der Nachweis der Verfassungstreue ist schon aus logischen Gründen nicht positiv zu führen, sondern nur als Negativbeweis.

Der Begriff "Verfassungstreue" gewinnt seine Konturen nur durch den Gegensatz, die Verfassungsfeindschaft.³ Man kann hier nicht durch ein Zeugnis, wie bei Prüfungen oder durch ein Attest, wie bei der Gesundheit etwas positiv nachweisen, sondern allenfalls eine Erklärung abgeben, daß man verfassungstreu ist. Diese Erklärung ist nur dann, aber auch immer dann glaubhaft, wenn ihr nicht verfassungsfeindliche Aktivitäten entgegenstehen.⁴

1 vgl. nur VG München, Urteil v. 13.10.76 -Nr. M 27 v 76- = ZBR 77, 69.

2 vgl. zur Frage des Anspruchs auf Einstellung sehr ausführlich auch hinsichtlich des historischen Hintergrundes dieser These Battis, Zum Ausschluß "verfassungsfeindlicher" Bewerber vom öffentlichen Dienst, JZ 72, 384 (387).

3 vgl. Plümer, Mitgliedschaft., NJW 73, 4 (8f); Isensee, Der Beamte., JuS 73, 265 (271).

4 so auch Maurer, Die Mitgliedschaft von Beamten in verfassungsfeindlichen Parteien und Organisationen, NJW 72, 601 (602); Dürig in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, Art. 3 Abs. III, Rdn. 11 FN 1, der sich unter Bezug auf die Beweislastproblematik "fast durchweg" Maurer anschließt.

In Zweifelsfällen verliert sie also jegliche Beweiskraft und ist deshalb, da es bei der Beweislastproblematik im Verwaltungsprozeß immer um den Zweifelsfall des non liquet geht, ohne jeden Beweiswert.

b) Die Beweislast der Behörde

Diese Erwägungen haben zu einer in eine andere Richtung zielenden Kritik an der Beweislastverteilung durch das BVerwG geführt.

Indem das BVerwG bereits Zweifel an der Verfassungstreue zur Widerlegung der Vermutung der Verfassungstreue ausreichen läßt, bringt es den Bewerber schon bei geringem Anlaß in die eben geschilderte "ungünstige und unwürdige Beweissituation".¹

Ihm obliegt es nun, nachzuweisen, daß er trotz der geäußerten Zweifel die verfassungsmäßige Ordnung bejaht, ein Beweis, der schon rein tatsächliche nicht denkbar ist.

So ist denn auch kein einziges Urteil ergangen, das einen solchen Beweis als geführt ansah.

Urteile, die die Behörde zur Einstellung verpflichteten, beruhten immer darauf, daß die vorgebrachten Begründungen nicht ausreichten, die Verfassungstreue des Bewerbers anzuzweifeln.²

1 Maurer, a.a.O., S. 605; kritisch auch Geiger, Rechtsprobleme., S. 14, allerdings hauptsächlich unter dem Aspekt der Anhörungen zur Ausräumung von Zweifeln, die er zu Recht für unerträglich hält ("unwürdige wie ungeschickte und unerquickliche Aushorcherei"); für die prozessuale Beweislast im Fall des non liquet gilt dies jedoch genauso.

2 beispielhaft VGH München, Beschluß v. 31.3.76 -Nr. 301 III 75- = NJW 76, 1858: "Die Behörde kann ihr Eignungsurteil insoweit lediglich darauf stützen,..".

Waren aber die Zweifel an der Verfassungstreue hinreichend begründet, so folgte darauf regelmäßig die Bestätigung der ablehnenden Entscheidung, also die Klageabweisung.¹

Über die tatsächliche Unmöglichkeit eines Beweises für Verfassungstreue hinaus ist eine Beweissituation dieser Art für den Bewerber in einem Staat unzumutbar, dessen Grundordnung auf der freien Zustimmung der überwiegenden Mehrheit der Bürger aufbaut.²

Aus diesen Gründen ist die vom BVerwG angenommene Beweislastumkehr abzulehnen und die Beweislast prinzipiell der Behörde aufzuerlegen.³

Das bedeutet, daß diese unterliegen muß, wenn nicht Tatsachen festgestellt werden können, aus denen sich überzeugend folgern läßt, der Bewerber werde nicht in der geforderten Weise für die freiheitliche demokratische Grundordnung eintreten.⁴

Die Vermutung der Verfassungstreue, von der auch das BVerwG ausgeht, ist also nicht durch Zweifel zu widerlegen, sondern nur durch überzeugende Tatsachen.

Eine Umkehr der Beweislast auf den Bewerber ist dadurch ausgeschlossen. Steht seine Verfassungsfeindschaft nicht zur Überzeugung des Gerichts fest, so muß die Behörde unterliegen.

1 beispielhaft dafür VGH Mannheim, Urteil v. 17.8.76 -IV 352/76- = NJW 77, 971.

2 vgl. Maurer, Die Mitgliedschaft..., NJW 72, 601 (605).

3 so auch Battis, Zum Ausschluß..., JZ 72, 384 (388); Maurer, ebd.

4 vgl. Maurer, ebd.

III. Die Änderung der Gewähr-biete-Formel

Die obigen Überlegungen zu dem Schwerpunkt der Einstellungsentscheidung und den daraus folgenden Beweislastregelungen folgen zwar aus der Gewähr-bieteformel, sind in dieser aber nur unzureichend ausgedrückt.

Es ist deshalb zu erwägen, ob diese Gesetzesformel nicht klarstellend geändert werden sollte.¹

Eine solche Änderung müßte die Beweislast auch ausdrücklich regeln, um die oben geschilderten Schwierigkeiten und Fehlinterpretationen zu vermeiden.

Eine solche Regelung müßte demnach folgendermaßen lauten:

"Eine Ernennung zum Beamten ist ausgeschlossen, wenn in der Person des Bewerbers Tatsachen festgestellt werden, aus denen sich überzeugend folgern läßt, daß er nicht für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes eintreten wird".

Eine solche Formulierung würde der rechtsstaatlichen Vermutung der Verfassungstreue gerecht werden, durch sie würde der Schwerpunkt der Prüfung der Verfassungstreue auf vergangenes Verhalten gelegt und die spekulative Prognose der Verfassungstreue vermieden.

1 vgl. zu den rechtsstaatlichen Problemen, die diese Gesetzesformel mit sich bringt, Küchenhoff/Schimke, Ein Verstoß gegen Neutralität und Toleranz, FR v. 30.9.78, S. 14/15.

Zusammenfassung und Schluß

Die Untersuchung hat ergeben, daß die These des BVerfG vom "Beurteilungsspielraum" der Einstellungsbehörde von der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte nicht oder nur verbal akzeptiert worden ist.

Der Grund dafür liegt auch darin, daß diese Rechtsfigur, verstanden als Subsumtionsvorbehalt der Verwaltung bei der Anwendung unbestimmter Begriffe auf der Tatbestandsseite einer Norm, weder hinsichtlich ihrer rechtstheoretischen und rechtsmethodischen Voraussetzungen, noch hinsichtlich der sie rechtfertigenden Begründungen haltbar ist.

Aber auch der neuerdings sich abzeichnende Versuch, unter Aufgabe des "Beurteilungsspielraums" zu einem einheitlichen Verwaltungsermessen zu kommen, das als eigenverantwortlicher Gestaltungsraum der Verwaltung umschrieben wird, erfaßt das Verhältnis von Gesetz und Verwaltung unter dem Grundgesetz nicht zutreffend.

Rechtsdogmatische Grenzen des richterlichen Nachprüfungsrechts sind demnach nicht anzuerkennen. Verwaltungsermessen stellt sich vielmehr dar als Konkretisierung der Gesetzeszwecke auf den Einzelfall und nach den Umständen des Einzelfalls.

Diese Definition hat nicht starre Rechtssatzbindung zur Folge, sondern ist im Rahmen eines problemorientierten Verfahrens der Rechtsanwendung und Gesetzesauslegung geeignet, der Verwaltung genügend Spielraum zur Verwirklichung der gesetzlichen Ziele bei gleichzeitiger Berücksichtigung der entstehenden Einzelprobleme zu geben.

Eine eigene Zielsetzungsbefugnis der Verwaltung ist damit allerdings ausgeschlossen.

Die Konsequenz für den Rechtsschutz bei der Einstellung von "Radikalen" in den öffentlichen Dienst ist, daß die These des BVerfG vom "Beurteilungsspielraum" der Einstellungsbehörde nicht aufrechtzuerhalten ist.

Die Behördenentscheidung ist vielmehr uneingeschränkt überprüfbar, wobei die Kriterien dieser Überprüfung an einer grundsätzlichen Vermutung der Verfassungstreue des Bewerbers auszurichten sind.

Die Beweislast für fehlende Verfassungstreue trägt demnach ausschließlich die Verwaltungsbehörde.

Da diese Grundsätze in der jetzigen Fassung der Gewährbieteformel nur unvollkommen zum Ausdruck kommen, wäre eine klarstellende Änderung dieser Gesetzesformel empfehlenswert.

Lebenslauf

Ich wurde am 20.12.1947 als Sohn des Diplomingenieurs Ernst Schimke und seiner Ehefrau Anneliese, geb. Schmidt in Zwickau geboren.

Nach der Ausreise aus der DDR besuchte ich ab 1955 die Städt. Volksschule Opladen und ab 1956 die ev. Volksschule in Gummersbach.

1959 kam ich zum Städt. Gymnasium Gummersbach, an dem ich am 2.11.1966 die Reifeprüfung ablegte.

Nach Ableistung eines zweijährigen Wehrdienstes nahm ich im Sommersemester 1969 in Tübingen das Studium der Rechtswissenschaft auf, das ich in Genf fortsetzte und in Münster mit dem Ersten Staatsexamen am 20.7.1974 abschloß.

Die Referendarzeit leistete ich in Bielefeld und Münster ab und legte am 29.4.1977 das Zweite Staatsexamen ab. Anschließend erhielt ich ein Promotionsstipendium von der Universität Münster.

Seit dem 1.11.1977 bin ich wissenschaftliche Hilfskraft an der Universität Münster und seit dem 25.4.1978 Lehrbeauftragter im Nebenamt an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NW - Abteilung Wuppertal -.

Ich bin verheiratet und habe ein Kind.

